



EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2881

Madrid, miércoles 13 de octubre de 2010



TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/84320

TS Sala 3ª, Sección 5, Sentencia 14 mayo 2010. Ponente: Dª Pilar Teso Gamella

Según razones de interés económico, social o laboral

Instrucciones para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros

El TS estima en parte el recurso contencioso interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobó las Instrucciones por las que se determinó el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural, y declara nulo únicamente el apartado e) de la instrucción primera, 1, dado que adolece de indefinición respecto de los casos que comprende y de indeterminación en relación con la regulación que establece.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el presente recurso contencioso-administrativo se cuestiona la legalidad del Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión del día 16 de febrero de 2007, que aprueba las Instrucciones por las que se determinan el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural.

Fundamenta el sindicato recurrente esta impugnación, en síntesis, en que el Consejo de Ministros se ha excedido en el ejercicio de la habilitación que le atribuye la disposición adicional primera, apartado 4, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,

aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Entrando en detalle, se sostiene en el escrito de demanda que las instrucciones aprobadas por el Consejo de Ministros sobrepasan los límites establecidos por el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, toda vez que la disposición adicional expresada no puede ser interpretada en sentido que modifique o altere los procedimientos que prevé la propia LO 4/2000. Se aduce que la regulación legal y reglamentaria otorga preferencia a la mano de obra existente en el mercado nacional, y se razona, de modo insistente, que no se ha tenido en cuenta la "situación nacional de empleo" como resultaba obligado, por lo que -se concluye- los apartados impugnados de las instrucciones aprobadas incurrir en vicio de nulidad.

SEGUNDO.- Por su parte, el Abogado del Estado señala que la habilitación al Consejo de Ministros debe circunscribirse a circunstancias de naturaleza económica, social o labo-

ral que aconsejen la regulación que se cuestiona, siempre que se refieran a supuestos de especial relevancia, lo que se cumple plenamente en el caso de las instrucciones impugnadas.

Además, la "situación nacional de empleo" a que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción anterior a la reforma por Ley 2/2009, o las "circunstancias de naturaleza económica, social o laboral" a que alude la disposición adicional primera, apartado 4, del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, ha de ser interpretada de forma racional y completa, teniendo en cuenta los beneficios que sobre la situación económica pueden comportar las medidas en que se traducen las normas aprobadas. Conviene reparar en que la propia Ley Orgánica citada exceptúa de la consideración de la situación nacional de empleo a determinados supuestos entre los que se encuentran los regulados en las instrucciones aprobadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado.

TERCERO.- Planteados en los términos expuestos el debate procesal, interesa relacionar, en primer lugar, el propio ámbito de la impugnación que se ejercita en este recurso, para abordar, seguidamente, el marco normativo de aplicación. Y, en fin, debemos concluir estableciendo si las instrucciones aprobadas, como una disposición general que son, adolecen de los vicios determinantes de su nulidad plena, que es el único modo de invalidez en que puedan incurrir las normas reglamentarias, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992.

El ámbito de aplicación de las instrucciones que aprueba el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado se refiere a cinco grupos. Esto es, se establece que dichas normas son de aplicación a las personas físicas o jurídicas que, como empleadores, requieran la incorporación en España de trabajadores extranjeros no comunitarios, empleados para el desarrollo de una relación laboral de las que se relacionan en cinco apartados a) a e) de la primera instrucción.

Pues bien, la impugnación se limita a la habilitación para incluir al personal que se relaciona en los apartados a), c), d) y e). Es decir, a

SUMARIO

TC

CONSTITUCIONAL

Falta de intensidad exigida por la jurisprudencia en error judicial de hecho **5**

TS

CIVIL

Extralimitación en la construcción de chalet al invadir elemento común **7**

PENAL

Concurrencia de eximente incompleta de legítima defensa en condena por delito de homicidio intentado **9**

ADMINISTRATIVO

Instrucciones para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros **1**

Efectos generales de una sentencia que anula una disposición general **4**

SOCIAL

Doble escala salarial en abono de complemento por extrapeninsularidad **13**

Cuantía de base reguladora de pensión por IPA de beneficiaria mayor de 65 años **15**

RS

RESEÑA DE SENTENCIAS 16

INTERNET
http://www.elderecho.com
e-mail: clientes@elderecho.com

todos los casos incluidos en el ámbito de aplicación, salvo uno, apartado b), relativo a los técnicos y científicos extranjeros altamente cualificados contratados por el Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales.

Los casos cuya exclusión se postula son, pues, los siguientes. El personal directivo o altamente cualificado, de empresas o empleadores que desarrollen actividades que supongan realización de inversiones o creación de puestos de trabajo en España (apartado a); los técnicos y científicos altamente cualificados, cuya venida tenga como fin la realización de trabajos de investigación o la incorporación a actividades de desarrollo en universidades privadas y centros de I+D de reconocido prestigio o en unidades de investigación y desarrollo de entidades empresariales establecidas en España (apartado c); los artistas de reconocido prestigio internacional, así como el personal necesario para llevar a cabo su actuación, que vengan a España a realizar actuaciones de interés cultural (apartado d); y cualquier otro puesto asimilado a los anteriores, y en que concurran razones excepcionales debidamente acreditadas de interés económico, social o laboral, previa autorización de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (apartado e).

CUARTO.- Interesa realizar un brevísimo repaso de las exigencias que, para el ejercicio de una actividad lucrativa en España, establece nuestro ordenamiento jurídico. El marco normativo viene representado por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en su redacción anterior a la reforma de 2009, y por el Reglamento de la citada Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Acorde con el régimen jurídico previsto por las normas legal y reglamentariamente señaladas, la actividad lucrativa, laboral o profesional, en nuestro país se sujeta a determinadas exigencias que, por lo que hace al caso, para la concesión inicial del permiso de trabajo, y tratándose de trabajadores por cuenta ajena, ha de tener en cuenta la "situación nacional de empleo", según señala, con carácter general, el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 4/2000.

La autorización o permiso de trabajo, por tanto y como la regla gene-

ral, se condiciona a la situación nacional de empleo, que se define en atención a aquellas circunstancias que revelen que en España no hay trabajadores que puedan realizar el trabajo de que se trata. Ahora bien, esta norma tiene unas excepciones establecidas legalmente también.

Así es, "no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación "se dirija a determinados colectivos, entre los que se encuentran, por lo que ahora importa, los que cubran puestos de confianza o aquellos necesarios para el montaje por renovación de instalaciones o equipos productivos (apartados a/ y d/ del artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000). Además, "no será necesaria la obtención de permiso de trabajo para el ejercicio de las actividades siguientes", entre las que el artículo 41.1 de la Ley Orgánica de tanta cita, en conjunción con el artículo 68 del Reglamento de dicha LO, incluye a los técnicos y científicos extranjeros invitados o contratados por Administraciones públicas u organismos (apartado a), los profesores extranjeros invitados o contratados por la universidad (apartado b), personal directivo y profesorado extranjero de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados (apartado c), miembros de misiones científicas internacionales (apartado f), y los artistas que vengan a realizar actuaciones concretas (apartado g).

El citado artículo 41, apartado 2, ya prevé que reglamentariamente se establecerá el procedimiento para acreditar la excepción que se invoque.

QUINTO.- La cuestión se traslada entonces a determinar, siguiendo esta línea de razonamiento, si los casos previstos en el acuerdo que aprueba las instrucciones encuentran amparo en la Ley Orgánica o el Reglamento citados. Esto es, si no era necesario tomar en consideración la situación nacional de empleo porque se trata de supuestos exceptuados por la ley de tal consideración, ya sea porque expresamente la ley dispone que no ha de tenerse en cuenta tal situación de empleo para determinados colectivos (artículo 40 de la LO 4/2004), o porque no es necesaria ni siquiera la autorización de trabajo en otros supuestos (artículo 41 de la misma Ley), debemos analizar, por tanto, si tienen el amparo legal y reglamentario requerido.

Dicho de otro modo, aún reconociendo el importante papel que de-

sempeña la exigencia legalmente impuesta de atender a la mentada situación nacional de empleo y que se concreta en la necesidad de acreditar, como ya señalamos y ahora insistimos, que en el territorio nacional no hay trabajadores suficientes para cubrir la oferta de trabajo prevista, la finalidad de la exclusión se funda en atención a las específicas circunstancias que concurren en los casos excluidos, que debe ser valorada e interpretada para analizar su relación, o no, con los casos previstos en las instrucciones impugnadas.

Los trámites que, con carácter general, se contienen en el artículo 50 del Reglamento de la Ley 4/2000, para determinar la situación nacional de empleo, al señalar que trimestralmente se ha de elaborar un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura en cada provincia, sobre lo que no es del caso entrar en detalle, no resultan, por tanto, de aplicación. Baste con señalar al respecto que tal exigencia y tramitación no es predicable respecto de los supuestos previstos en las instrucciones aprobadas al estar excluidos, y tener su anclaje propio en la Ley y el Reglamento de tanta cita, de la valoración propia de la situación nacional de empleo.

SEXTO.- Nos corresponde, ahora sí, analizar los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de las instrucciones aprobadas por el acuerdo impugnado, tanto desde un punto de vista general, como particular relativo a cada apartado.

Con carácter general, conviene comenzar haciendo una referencia a la potente presencia que tiene el interés público en esta materia. La situación económica europea en general y la española en particular precisan de medidas que contribuyan al aumento de la competitividad, que es esencial para la materialización de inversiones, creación de empleo y para el mantenimiento de nuestro modelo económico y social. A este objetivo se puede contribuir mediante la captación de la inmigración cualificada, como han hecho ya otros países - Australia, Canadá o Estados Unidos -, según se destaca en las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Reflexión encargado por el Consejo Europeo.

De modo que la contratación de trabajadores extranjeros por empresas establecidas en España, cuando se trata de cubrir puestos de muy alta y específica cualificación se convierte en un factor productivo clave, como declara la justificación del

acuerdo impugnado. Desde esta perspectiva debe observarse la disposición adicional primera, apartado 4, del Reglamento de la LO de tanta cita que constituye la norma que habilita al Consejo de Ministros a dictar las instrucciones que se recurren. Y lo cierto es que en dicha habilitación normativa se hace referencia a cuando "circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorización de residencia temporal y/o trabajo (...)".

La naturaleza de tales presupuestos -que concurren las circunstancias de la naturaleza expresada, que se trate de casos no regulados y que sean de especial relevancia- a que alude la disposición adicional antes transcrita, se han de analizar, por tanto, bajo el prisma anunciado del vigoroso interés público concurrente. Es el caso de las excepciones del artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000 y por la disposición adicional 12 del Reglamento. Recordemos a estos efectos, v.gr., que el apartado a) de la instrucción primera al personal directivo o altamente cualificado, de empresas o empleadores que desarrollen actividades que supongan realización de inversiones o creación de puestos de trabajo en España.

Además, y ya no respecto al personal directivo o de confianza sino al personal científico altamente cualificado, resulta de aplicación la Recomendación 2005/762/CEE del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre, así como la Directiva 2005/71 / CE del Consejo, también de 12 de diciembre de 2005, que tiene por finalidad facilitar la admisión de nacionales de terceros países a efectos de la investigación científica.

Por tanto, en un enjuiciamiento general de los supuestos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley no se advierte reparo alguno de ilegalidad, no obstante examinaremos, en el fundamento siguiente, cada uno de los supuestos a que la recurrente limita su impugnación: apartados a), c), d) y e).

Antes, no podemos pasar por alto la cierta confusión en que se incurre en el escrito de demanda pues, de un lado, parece reprocharse al acuerdo impugnado, respecto v.gr. de la instrucción primera a), que "no está contemplando un supuesto nuevo no previsto por la Ley Orgánica y por su reglamento" como debería y lue-

go, sin embargo, se señala que la letra a) de la instrucción introduce novedades porque "va mas allá de la previsión legal y reglamentaria". De manera que parece denunciarse, por un lado, que no se regula un caso nuevo y, por otro, que sí es nueva la regulación porque no se ajusta a la ley y al reglamento, por lo que el reproche parece concretarse en una cosa y su contraria.

SÉPTIMO.- Veamos seguidamente cada uno de los apartados impugnados. El apartado a) se refiere al personal directivo o altamente cualificado, de empresas o empleadores que desarrollen actividades que supongan realización de inversiones o creación de puestos de trabajo en España. Este caso tiene cobertura general en el artículo 40 de la LO 4/2000 que prescinde, para determinados casos específicos y singulares, de tomar en consideración la situación general de empleo. Pues bien, entre dichos casos incluye al personal de confianza, cuyo alcance concreta la disposición adicional 12 del Reglamento porque expresamente el artículo 40.a) de la citada LO se remite a la norma reglamentaria.

Se considera que ocupan puestos de confianza, según la adicional citada, aquellos trabajadores que desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección por cuenta de la empresa que los contrate, basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general. Y además, tienen la misma consideración los trabajadores altamente cualificados que tengan conocimiento esencial para la realización de la inversión y sean especialistas o desempeñen funciones relacionadas con la dirección, gestión y administración necesarias para el establecimiento, desarrollo o liquidación de la citada inversión. Estos trabajadores deben poseer acreditada experiencia en la realización de dichas funciones o haber realizado trabajos en puestos similares en la empresa inversora o en el grupo de empresas en el que puede estar integrada esta última.

De modo que la inclusión del colectivo previsto en el apartado a) tienen la cobertura legal y reglamentaria expresada, que incluye, además, la experiencia en el puesto de trabajo a que se refiere también la instrucción segunda, apartado 2.g). Por tanto, la regulación resulta acorde con la habilitación recibida y con el marco normativo de referencia, y su contenido contiene las especificaciones propias del supuesto regulado.

OCTAVO.- El apartado c) se refiere a los técnicos y científicos altamente cualificados, cuya llegada tenga como fin la realización de trabajos de investigación o la incorporación a actividades de desarrollo en universidades privadas y centros de I+D de reconocido prestigio o en

unidades de investigación y desarrollo de entidades empresariales establecidas en España.

La inclusión de este personal técnico y científico altamente cualificado encuentra cobertura no sólo en la Directiva y Recomendación ya citadas, sino también en nuestro Derecho interno.

En el plano comunitario la propia Directiva 2005/71 / CE, con concordancia con la Recomendación 2005/762 /CE que cita y aprueba el mismo día, señala como finalidad de la misma, además de crear un Espacio Europeo de Investigación, definir "las condiciones de admisión en los Estados miembros de investigadores de terceros países, por un período superior a tres meses, con el objetivo de llevar a cabo proyectos de investigación".

Apoyo a la investigación que, por lo demás, incluye a sus familias, como explica la propia Directiva, al señalar que conviene prestar especial atención a que se facilite y apoye la preservación de la unidad de los miembros de la familia del investigador, de conformidad con la Recomendación del Consejo, de 12 de octubre de 2005, destinada a facilitar la admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica en la Comunidad Europea.

En nuestro ordenamiento jurídico interno, el artículo 41.1 de la LO 4/2000 representa el soporte legal del apartado c) que analizamos y que exceptúa a determinados colectivos de la necesidad de obtener permiso de trabajo. Es el caso, según disponen los artículos 41.1 de la LO de tanta cita, en conjunción con el 68 del Reglamento de la misma, de los técnicos y científicos invitados o contratados por la Administraciones u organismos (apartado a), miembros de misiones científicas internacionales (apartado f), los profesores así como los técnicos, investigadores y científicos extranjeros invitados o contratados por la universidad española (apartado b).

Interesa destacar que la política europea de investigación se verá reforzada, y el Espacio Europeo de Investigación fortalecido, si la economía europea es más competitiva y dinámica. Estas razones, y no otras, son las que presiden la aprobación de la Directiva 2005/71/CEE, y las instrucciones cuya aprobación se impugna. Las exigencias que impone la globalización en la economía demandan que los investigadores dispongan de una movilidad acorde con las exigencias de los nuevos tiempos en una economía fuertemente interrelacionada.

NOVENO.- El apartado d) comprende a los artistas de reconocido prestigio internacional, así como el personal necesario para llevar a cabo su actuación, que vengan a España a realizar actuaciones de interés cultu-

ral.

La inclusión de este colectivo en el ámbito de aplicación de las instrucciones aprobadas por el acuerdo impugnado encuentra cobertura legal en el artículo 41.1.g) de la LO 4/2000 que excluye de la obtención de permiso de trabajo y, por tanto, de estar sujeto a la situación nacional de empleo a los "artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada". En consecuencia, debemos alcanzar la misma conclusión desestimatoria de la impugnación que los anteriores apartados y por las mismas razones.

Por otro lado, respecto de los familiares de los supuestos incluidos en los apartados examinados debemos señalar, en primer lugar, que no

■

"Se considera que ocupan puestos de confianza, según la adicional citada, aquellos trabajadores que desempeñen únicamente actividades propias de alta dirección por cuenta de la empresa que los contrate, basadas en la recíproca confianza y que ejerzan legalmente la representación de la empresa o tengan extendido a su favor un poder general."

■

constituyen ningún colectivo incluido en el ámbito de aplicación con sustantividad propia, sino que tienen el carácter auxiliar o de apoyo que proporciona siempre el soporte familiar al directivo o al científico.

En segundo lugar, las medidas no serían plenamente eficaces si conllevaran la separación de los miembros de la familia, de modo bien podrían suponer un freno a los fines que se pretenden, ante el efecto disuasorio que pudiera comportar.

Y, en fin, en el caso específico de los científicos y técnicos, también nos remitimos a lo señalado en el fundamento octavo y a la regulación en la Directiva y Recomendación de 2005 ya citadas. Baste con destacar que la citada directiva destaca que para preservar la unidad de los

miembros de la familia y permitir la movilidad, conviene que los miembros de la familia puedan reunirse con el investigador en el Estado miembro.

DÉCIMO.- El apartado e) incluye a cualquier otro puesto "asimilado" a los anteriores, y en que concurran razones excepcionales debidamente acreditadas de interés económico, social o laboral, previa autorización de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

Adelantando la conclusión, debemos señalar que el citado apartado ha de ser declarado nulo porque adolece de indefinición respecto de los casos que comprende y de indeterminación en relación con la regulación que establece.

Así es, es indefinido porque el apartado e) de la instrucción primera no acota ni define los supuestos a los que se refiere. No podemos entender que la referencia a la "asimilación" respecto de los apartados anteriores, junto a las razones excepcionales, pueda proporcionar base suficiente para integrar un supuesto cuyo contenido es desconocido y, por tanto, su vinculación con la ley o el reglamento de cobertura resulta, cuando menos, incierta.

Ciertamente el Abogado del Estado relaciona, en su escrito de contestación, los supuestos autorizados a su amparo y esta Sala no alberga duda alguna sobre su relevancia. Ahora bien, precisamente por ello debieron haberse superado las dificultades y extremado los esfuerzos para integrar un supuesto que concrete y defina los casos que comprende.

De modo que las cautelas que establece, al exigir la concurrencia de razones excepcionales, acreditar el interés económico, social o laboral afectado, con la autorización de la correspondiente Secretaría de Estado, resultan adecuadas pero adolecen de un defecto principal que es, no ya la ambigüedad o imprecisión del supuesto que contempla, sino de la ausencia misma de supuesto.

Resulta, además, indeterminado en cuanto a su regulación porque en la instrucción segunda c.5, cuando se regula el procedimiento y se establece la documentación que se precisa, respecto del apartado e) de la instrucción primera, no se alude a documentación específica alguna que deba presentarse, como se hace en los anteriores apartados respecto de los demás supuestos de la citada instrucción primera. En este caso, se limita a remitirse a lo que determine la Dirección General de Inmigración. Y ello resulta acorde con lo que hemos señalado antes sobre la indefinición, pues si no se conocen los casos para los que se ha previsto mal pueden establecerse los requisitos que se exigen.

La razones expuestas nos hacen concluir que el apartado e) de la instrucción primera es nulo porque no se ajusta a la habilitación recibida respecto de la regulación de los supuestos para la concesión de autorizaciones. Recordemos que en la disposición adicional primera.4 del Reglamento de la LO 4/2000 se indicaba que las instrucciones "establecerán la forma, los requisitos y los plazos para la concesión".

Por tanto, se ha lesionado el principio de jerarquía normativa -prevista en el artículo 9.3 de la CE y artículo 51.1 de la Ley 30/1992-, que constituye uno de los vicios de nulidad de las disposiciones generales, el que ahora fundamenta este recurso, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992, en la medida que la instrucción primera, apartado e) no se atiene a los términos de la habilitación reglamentariamente recibida.

En consecuencia, y en atención a lo expuesto, procede la estimación en parte del recurso contencioso administrativo.

UNDÉCIMO.- No se hace imposición de las costas procesales del presente recurso contencioso administrativo (artículo 139.1 de la LJCA).

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

Que estimando en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la "Confederación Sindical de Comisiones Obreras", contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, que aprueba las Instrucciones por las que se determinan el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural, debemos acordar lo siguiente:

1.- Se declara nulo únicamente el apartado e) de la instrucción primera.1, y, en consecuencia, las previsiones de las instrucciones referidas al mismo.

2.- En lo demás, se desestima el recurso contencioso administrativo, declarándose conforme a derecho el acuerdo impugnado, salvo el citado apartado e).

3.- No se hace imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de

este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oro-Pulido López.- Rafael Fernández Valverde.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excmo. Sra. D^a María del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

2010/102684

TS Sala 3^a, Sección 5, Sentencia 5 mayo 2010.
Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate

Desde el día en que se publica su fallo

Efectos generales de una sentencia que anula una disposición general

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra los autos del TSJ de Galicia, dictados en fase de ejecución de la sentencia que anuló la resolución del pleno del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de 30 marzo 2000, por la que se aprobó definitivamente la modificación puntual del PGOU para el trazado de la nueva variante Sar- Pontepedriña, autos que se anulan sólo en cuanto denegaron la publicación en el Diario Oficial de Galicia de la parte dispositiva de la indicada sentencia y de los preceptos o determinaciones declarados nulos de la modificación del PGOU de Santiago de Compostela. La Sala desestima la pretensión de restitución o devolución de las parcelas expropiadas ya que no contradice lo declarado y resuelto en la sentencia recurrida, y estima el recurso en cuanto a la negativa a publicar la sentencia en el Diario Oficial en el que se publicó la modificación del plan declarada nula en dicha sentencia, pues los efectos generales de una sentencia que anula una disposición general, tiene efectos generales desde el día en que se publica su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se pide por ambos recurridos que el recurso de casación se inadmita por no ser susceptible, asegura el Abogado del Estado, la sentencia recurrida de recurso de casación al versar el pleito sobre derecho no estatal, y por tratarse de rea-

brir, afirma el representante procesal del Ayuntamiento, el debate sobre el fondo del litigio.

Estas causas deben rechazarse porque la sentencia es susceptible de recurso de casación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.1 y 3 de la Ley de esta Jurisdicción, y devino firme por no haber sido oportunamente recurrida en casación.

En contra del parecer del Ayuntamiento, el recurso de casación no trata de reabrir el debate sustanciado en la instancia sino de que se ejecute la sentencia pronunciada y se acceda a las peticiones que a tal fin se formulan, sean o no atendibles éstas.

SEGUNDO.- La contradicción, denunciada por el recurrente, entre la sentencia, que se trata de ejecutar, y los autos impugnados en casación radica en dos extremos, el primero porque la Sala de instancia ha desestimado su petición de restituirle las fincas expropiadas para la ejecución de una variante según proyecto aprobado por el Ministerio de Fomento, y el segundo porque dicha Sala se ha negado a publicar la sentencia en el Diario Oficial en el que se publicó la disposición declarada nula, en contra de lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

TERCERO.- En cuanto a la desestimación de la pretensión de restitución o devolución de las parcelas expropiadas no contradice lo declarado y resuelto en la sentencia recurrida porque, como expresó categóricamente la Sala de instancia en el fundamento jurídico segundo de la sentencia que se trata de ejecutar transcrito en el antecedente segundo de esta nuestra, quedó al margen del enjuiciamiento lo relacionado con el proyecto de carretera, que fue la causa de la expropiación, aunque su trazado se incorporase con la modificación impugnada del Plan General de Ordenación Urbana a dicho planeamiento general, razón por la que la petición de restitución de las fincas es desestimable.

CUARTO.- Sin embargo, la negativa a publicar la sentencia en el Diario Oficial en el que se publicó la modificación del Plan declarada nula en dicha sentencia, no solo contradice lo resuelto en ella sino que conculca abiertamente lo dispuesto concordadamente en los artículos 72.2 y 107.2 de la Ley de esta Jurisdicción, debido a que los efectos generales de una sentencia que anula una disposición general, como es el caso de la que se trata de ejecutar, tiene efectos generales desde el día en que se publica su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada, razón por la que el recurso de casación interpuesto debe prosperar.

QUINTO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación es determinante de que no formulemos

expresa condena al pago de las costas procesales causadas, según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes litigantes, al no apreciarse en su actuación temeridad ni mala fe, conforme al apartado primero del mismo precepto.

Vistos los preceptos citados y los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

FALLO

Que, rechazando las causas de inadmisión aducidas, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador D. Pedro Moreno Rodríguez, en nombre y representación de D. Arsenio, contra los autos, de fechas 12 de marzo y 26 de junio de 2008, dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la fase de ejecución de la sentencia pronunciada, con fecha 28 de septiembre de 2006, por la misma Sala de instancia en el recurso contencioso-administrativo número 4673 de 2000, autos que anulamos sólo en cuanto denegaron la publicación en el Diario Oficial de Galicia de la parte dispositiva de la indicada sentencia de fecha 28 de septiembre de 2006 y de los preceptos o determinaciones declarados nulos de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Santiago de Compostela de fecha 30 de marzo de 2000, al mismo tiempo que, con estimación de la pretensión formulada en tal sentido por la representación procesal de D. Arsenio, debemos ordenar y ordenamos que se lleve a cabo la publicación en el Diario Oficial de Galicia de la parte dispositiva de la referida sentencia y de los preceptos o determinaciones declarados nulos de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Santiago de Compostela aprobada definitivamente por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Santiago de Compostela de fecha 30 de marzo de 2000, sin hacer expresa condena de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. Eduardo Calvo Rojas.- Jesús Ernesto Peces Morate.- María del Pilar Teso Gamella.- Mariano de Oro-Pulido López.- Rafael Fernández Valverde.

Publicación.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.



TC Sala 2ª, Sentencia 26 julio 2010. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas

Para apreciar la vulneración de la lesión constitucional

Falta de intensidad exigida por la jurisprudencia en error judicial de hecho

Se interpone recurso de amparo contra la STSJ de Madrid, desestimatoria de recurso contencioso-administrativo deducido a su vez contra desestimación por silencio de recurso extraordinario de revisión en vía administrativa interpuesto contra Decreto del Concejal-Presidente de la Junta municipal de distrito de Barajas, que acordaba el inicio de expediente de recuperación de oficio de determinados terrenos, concediendo trámite de audiencia a quienes se considerasen afectados. El Tribunal inadmite el recurso, por entender que el Tribunal de instancia, aunque incurra en error al afirmar que el recurrente no señaló en su escrito de revisión, los documentos de que derivaba el error de hecho en la resolución administrativa impugnada, tal error judicial no reviste la intensidad exigida por la jurisprudencia como para sustentar la lesión constitucional citada, tanto por la excepcionalidad de la figura de la revisión administrativa -tasada y por motivos limitados- como porque el TSJ -dentro de sus legítimas facultades jurisdiccionales- aprecia que el recurrente, en su escrito solicitando dicha revisión, no cumplió la obligación de explicitar en qué modo del documento señalado resultaba la existencia de error de hecho administrativo, centrando más bien dicho escrito en alegaciones propias de recursos ordinarios que en lograr la convicción del órgano resolutorio sobre la concurrencia de la excepcionalidad habilitante de la revisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dirige la presente demanda de amparo contra la Sentencia de 26 de mayo de 2005, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria de recurso contencioso-administrativo deducido a su vez contra desestimación por silencio de recurso extraordinario de revisión en vía administrativa interpuesto contra Decreto del Concejal-Presidente de la Junta municipal de distrito de Barajas de 17 de julio de 1998, que acordaba el inicio de expediente de recuperación de oficio de determinados terrenos, concediendo trámite de audiencia a quienes se considerasen afectados. El demandante denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución de fondo, así como a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, como consecuencia, respectivamente, de error de hecho del Tribunal al considerar que la parte no había señalado los documentos que, a su vez, evidenciaban el error sustento de la posibilidad extraordinaria de la revisión administrativa; igualmente

denunciaba error e irrazonabilidad en la motivación de la Sentencia relativa a la inidoneidad de los certificados del inventario municipal como documentos de los previstos en el supuesto del art. 118.1.2 LPC.

Por último, basa la lesión del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes en la falta de práctica de prueba documental propuesta y admitida, así como en su carácter determinante en el sentido de la Sentencia impugnada. Por su parte, la Letrada del Ayuntamiento de Madrid interesa la denegación del amparo por considerar debidamente motivada la Sentencia en todos sus extremos, al haberse utilizado por la parte la revisión administrativa como medio para hacer alegaciones de mera legalidad ordinaria y ajenas, por ello, al carácter extraordinario de la revisión. Respecto a la prueba no practicada, manifiesta su innecesidad y falta de inexistencia de lesión material consecuencia del carácter público del inventario de bienes municipales. El Fiscal, por el contrario, si bien sostiene la inexistencia de vulneración del derecho a la prueba y la razonabilidad de la motivación referida al 118.1.2 LPC, solicita el otorgamiento del amparo en lo que

respecta al error de hecho en que incurra el Tribunal al considerar que el recurrente no individualizó debidamente los documentos que, al tenor del art. 118.1.1, evidenciarían el error de hecho del acto administrativo firme, por lo que, independientemente de su sentido, interesa el dictado de resolución expresa sobre la cuestión de fondo.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen sustantivo, y si bien la demanda denuncia y desarrolla en primer lugar la lesión del derecho a obtener una resolución sobre el fondo de sus pretensiones como consecuencia de error patente, se constata, en los términos que se examinarán, la posible concurrencia de una causa de inadmisión parcial del presente recurso que obliga, por razones de técnica procesal, a examinar en primer lugar la lesión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Dicha técnica resolutoria es posibilitada, entre otras, por lo reiterado al FJ 2 de la STC 187/2008, de 30 de diciembre, donde decíamos que “los defectos insubsanables de que pueda estar afectada la demanda no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitida a trámite, pudiendo abordarse por este Tribunal de oficio el examen de los presupuestos de viabilidad de la demanda de amparo en fase de sentencia y llegar, en su caso, a la declaración de inadmisión del recurso o del motivo del recurso afectado por dichos defectos (SSTC 29/2004, de 4 de marzo, FJ 2; 85/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 160/2005, de 20 de junio, FJ 2; 230/2006, de 17 de julio, FJ 2; 350/2006, 11 de diciembre, FJ 2; 353/2006, 18 de diciembre, FJ 2; 1/2008, de 14 de enero, FJ 2 y 73/2008, de 23 de junio, FJ2)”.

Por lo expuesto, y en relación con la pretendida vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, consecuencia de la falta de emisión, por el funcionario competente, de certificación sobre la falta de inclusión de los inmuebles controvertidos en el inventario de bienes municipales, se ha de resaltar que contra la providencia de 16 de febrero de 2005, mediante la que “transcurrido el periodo probatorio, se cierra el periodo de prueba”, dando traslado a la demandante para conclusiones, no se interpuso por la recurrente el preceptivo recurso de súplica, no obstante la mención expresa a dicha posibilidad en la providencia examinada. Así, y notificada esta providencia a la Procuradora de la recurrente en fecha 1 de marzo de 2005, se presentó directamente escrito de conclusiones en fecha 15 de marzo, es decir, transcurrido en todo caso el plazo legal de cinco días para haber podido interponer el recurso de súplica, lo que determina que la parte no agotó la vía judicial debidamente, por mucho que haga mención en su escrito de conclusiones a la falta de práctica de la documental segunda y tercera, men-

ción que expresamente incluye en estas conclusiones a efectos de “dejar constancia” para una posible solicitud de ampliación de plazo “para formular conclusiones respecto de la mencionada prueba documental”.

Dicha mención está alejada del propósito del recurso de súplica que se hubiera debido interponer, único medio idóneo a los efectos de denunciar y obtener la reparación, por la jurisdicción ordinaria, de la posible lesión del derecho a utilizar los medios de prueba para la defensa y, con ello, dar la oportunidad a la Sala de justicia de sanar la vulneración constitucional. Máxime cuando se constata que el momento de consumación de la lesión denunciada en materia de prueba no es otro que el de cierre de dicha fase, habida cuenta que hasta el dictado de la providencia de cierre, el órgano jurisdiccional podría haber acordado la práctica de la documental admitida en cualquier momento del plazo que, para la práctica de las pruebas, establece el art. 60.4 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LJCA), sin perjuicio de lo establecido en su último inciso.

Pero una vez declarado cerrado expresamente dicho periodo, surge la lesión invocada y, en consecuencia, la necesidad, ex art. 44.1 a) LOTC, de impugnar dicho cierre mediante el cauce procesal adecuado, el recurso de súplica, sede oportuna para llevar a cabo la denuncia formal del derecho constitucional al ser reacción, por lo expuesto, al conocimiento primero de la vulneración. Todo lo razonado determina la plena aplicación al caso de la doctrina plasmada al respecto, por todas, en la precitada STC 187/2008, de 30 de diciembre, FJ 2, donde reiteráramos que “el requisito del agotamiento de la vía judicial exigido por el art. 44.1 a) LOTC es una condición de admisibilidad del recurso de amparo, que responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del mismo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional (por todas, SSTC 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2; 228/2007, de 5 de noviembre, FJ 2 ó 73/2008, de 23 de junio, FJ 3)”. A dicha conclusión sobre el defectuoso agotamiento abunda, igualmente, el hecho de que tampoco se recurriera en súplica la providencia de 12 de mayo de 2005, señalando fecha para votación y fallo y debidamente notificada a la representación procesal de la recurrente el 18 de mayo, con lo que la falta de denuncia se habría podido dar en dos ocasiones, no llegándose siquiera a solicitar la ampliación del escrito de conclusiones que se puso de manifiesto en las conclusiones originarias, y dictándose la Sentencia impugnada ocho días después. Procede, así, concluir la inadmisión del moti-

vo de amparo referido a la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, ante la constatación del defectuoso agotamiento de la vía judicial por incumplirse la necesaria subsidiariedad del recurso de amparo.

TERCERO.- Concluida la inadmisión de dicho motivo de amparo, y abordando el concreto examen de la vulneración del derecho a obtener una resolución sobre el fondo de las pretensiones, se ha de examinar si la resolución judicial al respecto es, per se, susceptible de lesionar este derecho sin necesidad de abundar en el examen de la efectiva concurrencia o no de las circunstancias habilitantes de la revisión, examen en principio ajeno al presente amparo por constituir, precisamente, uno de los posibles objetos del recurso contencioso-administrativo deducido ante la jurisdicción ordinaria, en los términos y con las peculiaridades derivadas del caso que más adelante se explicarán. Esto es así pues es constante nuestra jurisprudencia que dice que no se lesiona dicho derecho cuando la desestimación, en este caso consecuencia de la apreciación de que no concurre circunstancia de revisión alguna, es debidamente razonada.

Así, decíamos por todas al FJ 3 de la STC 65/2009, de 9 de marzo, que “el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que, no obstante, se satisface también cuando se obtiene una resolución de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial” (entre otras muchas, SSTC 8/1998, de 13 de enero, FJ 3; 115/1999, de 14 de junio, FJ 2; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 167/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; y 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3”).

El fundamento jurídico tercero de la Sentencia impugnada dice literalmente que “el recurrente en el recurso administrativo (de revisión) hace referencia al supuesto primero del art. 118 pero ni siquiera señala de que documento se deriva el error de hecho ni justifica dicho error por lo que en ningún caso podía triunfar dicho motivo” (sic).

La lectura de dicho razonamiento arroja que existen no una, sino dos causas para el rechazo de la pretensión, verbigracia:

a) La falta de individualización del documento que evidenciaría el error de hecho en la resolución administrativa.

b) La falta de justificación de que dicho error, fue decisivo en el fallo “por lo que en ningún caso podía

triunfar dicho motivo”. Y es esta última mención a la imposibilidad “en ningún caso” la que obliga a la consideración conjunta de sendas causas para concluir la inexistencia de la lesión constitucional aducida, habida cuenta de que, si bien la eventual apreciación aislada del razonamiento sobre falta de individualización documental podría sustentar la infracción denunciada por posible error fáctico del Tribunal Superior de Justicia, el párrafo esgrime no uno, sino dos motivos de denegación que no pueden examinarse independientemente, debiendo ser considerados conjuntamente como consecuencia del último inciso del razonamiento. Inciso que, a su vez, implicaría la necesidad de error en las dos circunstancias aducidas por la jurisdicción para que surgiera lesión de relevancia constitucional, por lo que basta la correcta concurrencia de una u otra circunstancia, en este caso la falta de justificación del error de hecho y del nexo con los documentos incorporados, para justificar la inexistencia de lesión material como consecuencia del error denunciado y, consecuentemente, concluir la desestimación de este motivo de amparo.

Por lo expuesto, no se entiende necesario atender a la concurrencia o no de un posible error de hecho del Tribunal sentenciador, sino que el examen de la propia dicción del fundamento jurídico tercero examinado, al no incorporar una, sino dos causas impositivas del examen de fondo en sede de revisión administrativa, priva de su carácter esencial y determinante a si la parte ha señalado efectivamente o no los documentos que evidenciarían la necesidad de revisar la resolución administrativa firme pues, en todo caso, el Tribunal entiende que la parte no cumplió la carga, también propia de la revisión administrativa, de justificar que, efectivamente, el órgano administrativo habría incurrido en el primer error denunciado por vía de revisión administrativa, pretendidamente habilitante de la revisión del Decreto de inicio de la recuperación, “por lo que en ningún caso podía triunfar dicho motivo”.

Y es esta constatación de que el Tribunal Superior razona expresamente cómo, bien por una razón -falta de señalamiento de los documentos reputados esenciales- bien por otra -indebida explicación del error que se deriva de los mismos-, no cabía la revisión, la que priva del necesario carácter determinante a un error de hecho que, aun de concurrir, no habría variado la conclusión de la sentencia, por lo que debe decaer el motivo invocado en relación con el art. 118.1.1 LPC y en aplicación de nuestra jurisprudencia plasmada, por todas, en la STC 167/2008, de 15 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico segundo reiterábamos que “sobre el error patente con relevancia constitucional existe ya una abundante y consolidada doctrina de este Tribunal, que sintetizan, entre otras,

las más recientes SSTC 221/2007, de 8 de octubre (FJ 3); 4/2008, de 21 de enero (FJ 3), y 21/2008, de 31 de enero (FJ 2).

Conforme a esta doctrina constitucional, para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concurra que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error”.

En suma, el Tribunal incurre efectivamente en error, al afirmar que el recurrente no señaló, en su escrito de revisión, los documentos de que derivaba el error de hecho en la resolución administrativa impugnada, pero tal error judicial no reviste la intensidad exigida por nuestra jurisprudencia como para sustentar la lesión constitucional denunciada, tanto por la excepcionalidad de la figura de la revisión administrativa -tasada y por motivos limitados- como porque el Tribunal Superior de Justicia de Madrid -dentro de sus legítimas facultades jurisdiccionales- aprecia que el recurrente, en su escrito solicitando dicha revisión, no cumplió la obligación de explicitar en qué modo del documento señalado resultaba la existencia de error de hecho administrativo, centrando más bien dicho escrito en alegaciones propias de recursos ordinarios que en lograr la convicción del órgano resolutorio sobre la concurrencia de la excepcionalidad habilitante de la revisión.

Lo que se evidencia en la propia Sentencia impugnada, en cuyo fundamento jurídico tercero la Sala de Justicia observa que “la vía elegida (por el recurrente) es la interposición de un recurso de revisión”, cuando por éste “debió en su momento interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo”. Como concluye el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en las últimas líneas del mentado fundamento jurídico tercero, “estas alegaciones podrían haber fundamentado la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses siguientes a su notificación contra el acto de referencia pero no sirven para fundamentar un recurso de revisión que, por interponerse contra un acto que ha causado estado, tiene sus motivos tasados por el ordenamiento jurídico”.

CUARTO.- Establecido que la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no cercena en el extremo explicado el derecho a obtener una resolución de fondo, se ha de proseguir con la diversa consideración que demandante y jurisdicción dan a las informaciones del inventario municipal aportadas con el escrito de ampliación de la revisión admi-

nistrativa al amparo del art. 118.1.2, y cuya emisión equivaldría, según el recurrente, a la “aparición” a que hace referencia el art. 118.1.2 LPC (también invocado administrativa y judicialmente), mientras que para la jurisdicción, el carácter público del mismo implica una posibilidad constante y mantenida en el tiempo de su conocimiento, que impide configurar como dies a quo el de recepción de la certificación o respuesta.

Una intelección contraria a ésta implicaría hacer depender el inicio de dicho plazo de la voluntad del recurrente, que con la mera petición de una certificación a un registro público ostentaría el control del inicio de dicho cómputo, por lo que no se puede entender que “aparecieran” dichos documentos, que no son, como se razona en la Sentencia, sino certificaciones de lo expuesto en un inventario de pública, y por ende continua, consulta.

Dicho razonamiento, como pone de manifiesto el Fiscal, conlleva una respuesta fundada sobre el fondo de la cuestión (que satisface el derecho a obtener una respuesta sobre el fondo de la litis), consistente en considerar adecuada la desestimación de la revisión administrativa, en este caso al razonar cómo los documentos aportados con la ampliación no pueden considerarse de los previstos y considerados por el art. 118.1.2 LPC, al tratarse de documentos públicos, a constante disposición de los administrados interesados.

Otra intelección llevaría a posibilitar la revisión por el mero hecho de solicitar un certificado de registro público en cualquier momento posterior a la resolución administrativa desestimatoria, conculcando la excepcionalidad de todo procedimiento de revisión mediante una actividad eminentemente tendente a sortear el espíritu del art. 118.1.2 LPC.

QUINTO.- Es así que la Sala entra efectivamente en el fondo al enjuiciar la existencia de sendas vulneraciones de los dos primeros apartados del art. 118.1 LPC, no obstante el objeto estricto del recurso contencioso-administrativo, que no sería sino la desestimación presunta de un recurso extraordinario de revisión deducido contra un acto no susceptible de recurso contencioso-administrativo por ser de trámite y que, de constituir el objeto mediato del proceso contencioso-administrativo, se convierte en el objeto inmediato, por causa del carácter presunto de la desestimación, distinto al supuesto de desestimación expresa con la consecuente creación de una nueva resolución de fondo, distinta a la impugnada, y como consecuencia igualmente de la individualización, que hace el propio recurrente del acto a impugnar en su escrito de interposición al amparo del art. 45.1 LJCA.

La Sentencia impugnada, así, no sólo examina la concurrencia efecti-

va o no de los supuestos que habilitarían la posibilidad de revisión, sino que trasciende el examen de los mismos dando una respuesta también sobre al fondo de la pretensión contenciosa al negar el carácter de recurrible al Decreto impugnado, por ser de trámite.

El propio recurrente reconoce expresamente en la demanda de amparo el carácter de acto de trámite de dicho Decreto impugnado, así como que el mismo es anterior a la resolución definitiva del expediente de recuperación, si bien intenta justificar la naturaleza cualificada del mismo y la necesidad de acudir a un criterio amplio al respecto, intentando subsumir el supuesto en el art. 72.2 LJCA como si se tratara de medidas cautelares adoptadas, abundando en la justificación del carácter privado de los terrenos recuperados al existir placas de propiedad privada y otras acreditaciones, propias y privativas de la jurisdicción ordinaria, mas dicha alegación es también expresamente resuelta en la Sentencia impugnada, lo que no hace sino abundar a la existencia de efectiva resolución sobre el fondo, hasta el punto de que este último razonamiento implica la inexistencia de lesión material, consecuencia, así, de que en todo caso el acto originario tenía, por no ser recurrible, vedado el acceso a la jurisdicción.

SEXTO.- La concurrencia de sendos argumentos, sobre la naturaleza no impugnabile de acto de trámite del Decreto recurrido en su día en revisión, y sobre la improcedencia misma de este instrumento de impugnación excepcional, conllevan que no se ha vulnerado el derecho a obtener una resolución de fondo, como consecuencia también de la propia naturaleza presunta -y que, por ello, nada nuevo añade- del acto impugnado, lo que determina la desestimación de este motivo de amparo.

Procede, pues, decretar la inadmisión del recurso de amparo en lo que respecta a la lesión del derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa ante el defectuoso agotamiento de la vía judicial, desestimando la concurrencia de lesión del derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto.

FALLO

Inadmitir el presente recurso de amparo en lo que respecta a la lesión del derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa, desestimándolo en todo lo demás. Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado". Dada en Madrid, a veintiséis de julio de dos mil diez.

Vicente Conde Martín de Hijas.- Elisa Pérez Vera.- Eugeni Gay Montalvo.- Ramón Rodríguez Arribas.- Pascual Sala Sánchez, Magistrados.



2010/140019

TS Sala 1ª, Sentencia 5 julio 2010. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana

Derribo en lo que exceda de la descripción registral

Extralimitación en la construcción de chalet al invadir elemento común

El TS declara no haber lugar al rec. de casación con motivo del ejercicio de la acción que pide que se declare que la superficie y altura del nuevo chalet que se está construyendo en la parcela que tiene asignada el demandado dentro de la citada comunidad es contraria a lo dispuesto en la Ley y en los Estatutos, debiendo proceder a su derribo en todo aquello que exceda de los límites fijados en la descripción registral. Confirma la Sala la sentencia recurrida al estimar que el suelo de la parcela es elemento común tal y como se recoge en el título constitutivo de la propiedad horizontal, y que no sólo hubo un exceso inicial sino que la extralimitación fue en aumento al ampliar el proyecto habiendo desatendido el demandado los distintos requerimientos de la comunidad actora, por lo que la nueva construcción no puede superar en extensión y altura la que había construida cuando el demandado compró la finca.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Comunidad de Propietarios de la CALLE000 n° NUM000 de Madrid demandó a D. Luis Andrés solicitando una sentencia por la que se declare que la superficie y altura del nuevo chalet que se está construyendo en la parcela que tiene asignada el demandado dentro de la citada Comunidad es contraria a lo dispuesto en la Ley y en los Estatutos, debiendo proceder a su derribo en todo aquello que exceda de los límites fijados en la descripción registral. A su vez el demandado formuló reconvencción en la que, entre otros pedimentos, interesaba que se declarase el derecho de propiedad sobre la vivienda, anejos y dependencias de la misma.

La Sentencia dictada en primera instancia, estimó la demanda y desestimó totalmente la reconvencción centrada fundamentalmente en que se declarara la propiedad privativa del suelo y vuelo de la parcela de terreno sobre la que se asienta la vivienda propiedad del demandado.

Se formula recurso de apelación por la parte demandada con un doble contenido: uno, infracción de normas y garantías procesales, y dos, por motivos de fondo. En el primer grupo de cuestiones se denuncia falta de motivación e incongruencia de la sentencia, las cuales se resuelven en sentido desestimatorio por la Sentencia recurrida, negando ésta que la doctrina del título y el modo, esgrimida en la reconvencción, tenga que ver con lo planteado, ni que quepa en este caso la accesión invertida al

ser todo el suelo elemento común, o que se haya vulnerado la doctrina de los actos propios ni producido abuso de derecho porque la comunidad hubiera consentido antes las obras de reedificación en los chalets de la comunidad.

En cuanto a la incongruencia denunciada, igualmente la Sentencia impugnada niega que el fallo transforme la naturaleza de los pedimentos aún cuando no emplee exactamente las mismas palabras del suplico de la demanda, resultando además que el pronunciamiento de condena que contiene y que dice: "...debo condenar y condeno a la parte demandada D. Luis Andrés a que proceda al derribo de todo aquello que exceda de los límites fijados en el proyecto básico y se declara...", es mucho más beneficioso para el demandado de lo pedido en el escrito de demanda: "... derribo de todo aquello que exceda de los límites fijados en la descripción registral...".

Dentro del segundo grupo se plantean cuestiones acerca de la correcta constitución de la relación jurídico procesal, defendiendo el demandado que el suelo y el vuelo de la vivienda familiar de su propiedad son elementos privativos; que ha cumplido con las condiciones constructivas indicadas por la comunidad de propietarios y que debe integrarse la obra sobre el chalet del demandado en el conjunto de la urbanización como se ha hecho en condiciones análogas en otras viviendas unifamiliares en defensa de los principios de proporcionalidad, ius usus incoi y no discriminación en materia de propiedad horizontal.

La Sentencia recurrida resuelve estas cuestiones estimando que el suelo es elemento común, tal y como se recoge en el título constitutivo, que no sólo hubo un exceso inicial sino que la extralimitación fue en aumento al ampliar el proyecto, habiendo desatendido el demandado los distintos requerimientos de la comunidad, concluyendo que para que no se vea perjudicado, la nueva construcción no podrá superar en extensión y altura a la que había construida cuando el demandado compró la finca.

Por el demandado reconviniente se formula un doble recurso, extraordinario por infracción procesal y de casación, que en el trámite de oposición a uno y a otro, son cuestionados por el recurrido por no haberse cumplimentado los presupuestos procesales de admisibilidad en cuanto: a) la conversión de la casación en tercera instancia, y, b) incumplimiento de las exigencias justificativas del interés casacional en los términos exigidos por el Tribunal Supremo; cuestiones ambas que serán objeto de respuesta al analizar cada uno de los motivos formulados no sin precisar que el motivo cuarto del recurso de casación no va ser objeto de análisis por cuanto si bien es cierto que se citan como infringidos preceptos de naturaleza sustantiva, al versar la doctrina jurisprudencial citada sobre cuestiones de legitimación afectantes tanto al propietario como a la comunidad de propietarios, como de litisconcorcio, incurre en la causa de inadmisión de plantear cuestiones que exceden del ámbito del recurso de casación (art. 483.2. 2º, en relación con el art. 477.1 de la LEC 2000).

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- Se denuncia la vulneración de las normas reguladoras de la Sentencia, en concreto el art. 218.1 y 2 de la LEC, en relación con los arts. 248.3 de la LOPJ y 120.3 de la Constitución Española, alegando en un primer motivo que se ha infringido el principio prohibitivo de la "reformatio in peius" puesto que la Sentencia recurrida al definir o interpretar, sin que la apelante lo haya pedido, lo que debe entenderse por "proyecto básico", precisando que "la nueva construcción podrá ser igual pero no superar en extensión y altura a la que había construida cuando el demandado compró la finca", agrava su posición.

Se desestima.

Respecto de la prohibición de la reforma peyorativa, se trata de un principio derivado de otro que se enuncia tantum devolutum "quantum" appellatum que supone una proyección del principio dispositivo que inspira el proceso civil, y que, como han mantenido las sentencias del Tribunal Constitucional 84/1985 y 15/1987, se inserta tal prohibición en

la tutela judicial que consagra el art. 24.1 del Texto Fundamental. Por tanto, el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, que haya sido consentido por la parte a quien perjudique, única legitimada para impugnarlo, debe ser tenido por firme y con valor de cosa juzgada y, con referencia a lo apelado, respecto a lo que no se haya adherido la otra parte, no puede hacer un pronunciamiento más gravoso a la recurrente, al impedírsele el principio de prohibición de la reformatio in peius (SSTS 5 de mayo de 2004; 28 de mayo de 2008; 16 de septiembre 2009).

En el caso, la sentencia de apelación resolvió todas las cuestiones que conformaron el objeto de la segunda instancia y, desestimando las pretensiones impugnatorias del ahora recurrente, y, por ende, el recurso de apelación, confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado. De este modo, no agravó la situación jurídica del recurrente por virtud del recurso, ni tan si quiera a partir de la aclaración o interpretación impropia hecha en la sentencia sobre la consideración del "proyecto básico", que no se incorporó al fallo de la misma, desde el momento en que se produjo a instancia de la propia parte apelante disconforme con lo que consideraba verdadera indeterminación sobre la delimitación física de la pretensión de demolición contenida en la demanda, por lo que con dicha aclaración la Sala de instancia, no está realizando un pronunciamiento ex novo, ni está extralimitando su decisión de los términos del debate, ni ha situado al apelante en una posición más gravosa que la que este tenía antes de recurrir - reformatio in peius -.

TERCERO.- Los otros dos motivos vienen a reproducir la falta de motivación de la sentencia y la incongruencia que ya había denunciado en el recurso de apelación.

Se desestiman como el anterior.

La falta de motivación no pasa de ser una apreciación subjetiva de quien exige una mayor fundamentación de la sentencia, acorde con sus planteamientos. La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE. Este deber es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999).

Ahora bien, la respuesta a las peticiones formuladas no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pues tan censurable puede ser una motivación por exceso que por defecto. Lo que se exige es que esté argumentada en derecho y que cumpla una doble fi-

nalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, y que permita su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003; 8 de octubre 2008, entre muchas otras). Y es evidente que, al margen de que un análisis detallado de los motivos de casación, también formulados contra la sentencia, permite deducir sin duda que se han cumplimentado las reglas de motivación en cuanto no han impedido al recurrente conocer las razones de la desestimación de sus pretensiones, como también las conoce esta Sala al resolverlos, lo que se está realmente cuestionando es la fundamentación de la sentencia en cuanto rechaza sus pretensiones, y todo ello a partir de una indudable contradicción argumentativa por parte de quien viene a reconocer que la sentencia aborda de forma escueta las alegaciones planteadas en su escrito de contestación y reconvención; razones, por otra parte, que tampoco son tan escuetas, sino suficientes a un análisis de síntesis y de precisión argumentativa realizado a partir de una correcta identificación del problema planteado sobre el título y el modo, la accesión invertida y la doctrina de los propios actos y del abuso de derecho.

Podría ocurrir que la sentencia no acertase al resolver sobre cada una de las pretensiones contenidas en la reconvención, pero esto nada tiene que ver con la falta de motivación e incongruencia a la que también se refiere en el tercer motivo, por "la transmutación de un pedimento declarativo, necesitado de ulterior proceso para su ejecución, en un pronunciamiento de condena inmediatamente ejecutable, pese a su indefinición"; motivo innecesario y de una absurda dialéctica para fundamentar algo inexistente, como con acierto explica la sentencia, cuyos razonamientos se dan aquí por reproducidos en aras de la brevedad puesto que no ofrece ninguna duda lo que se pide en la demanda, al margen de que la respuesta resolutoria no emplee exactamente las mismas palabras del suplico de la demanda, cosa que no es necesaria pues resulta coherente con lo pedido y en nada altera la naturaleza de los pedimentos.

RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO.- Se articula en cuatro motivos. En el primero de ellos se alega la infracción del art. 348 del Código Civil, invocando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 30 de diciembre de 2005, 22 de noviembre de 2002 y 26 de octubre de 2004 relativas a las acciones declarativas de dominio, como la ejercitada con carácter reconvencional por el ahora recurrente y la esencialidad de la definición del objeto del dominio, en

relación con el art. 609 del Código Civil. Alega el recurrente en este motivo que la sentencia recurrida infringe los artículos citados al eludir el pronunciamiento sobre la acción declarativa de dominio ejercitada y la definición del objeto de la propiedad individual y la propiedad compartida recayente sobre el bien de su propiedad que adquirió mediante escritura pública de fecha 2 de julio de 1999.

El motivo viene a incidir en la denuncia de falta de incongruencia y de motivación, lo que resulta ajeno a este recurso, y, además, no se justifica ninguna infracción de la doctrina jurisprudencial sobre las acciones declarativas de dominio ni puede tener amparo en la que se invoca, tanto porque no concreta la relación de la sentencia con la citada jurisprudencia, como porque en ningún caso puede tener encaje en la misma algo que, a juicio de la recurrente, no ha sido objeto de pronunciamiento, como es la colisión esencial con la jurisprudencia que "se produce al desconocer la sentencia recurrida esa inherencia real, en el sentido físico y material, de la acción declarativa de dominio, eludiendo indebidamente un pronunciamiento sobre su extensión y soporte materiales, bien fuera íntegramente el solicitado a través de los pedimentos transcritos de la demanda reconvencional, o bien lo fuera parcialmente".

Pero es que, además, la sentencia sí que entra a conocer lo que aquí se expone, negando que lo pretendido tenga que ver con lo planteado en los autos sobre la doctrina del título y el modo (art. 609 del código civil) pues nadie cuestiona que el demandado haya adquirido la propiedad mediante la compraventa (título) y la entrega e la posesión (modo). Sin duda la propiedad del artículo 348 del Código Civil, tutelada a través de la acción reivindicatoria o de la acción declarativa de dominio, no existe en abstracto sino a partir de un objeto referido a un bien delimitado geográfica, espacial y arquitectónicamente, si se trata, como en este caso de una vivienda unifamiliar, y este objeto, que integró la compraventa, lo conoce perfectamente el recurrente pues el contenido y límites de su derecho aparece en la escritura de compra a la que se incorpora la descripción de la edificación en su conjunto y la determinación de los elementos comunes. Su lectura deja bien claro lo que adquiere que no es más que un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente a cada propietario, así como el de los anejos que expresamente han quedado señalados en el título aunque se hallen fuera del espacio de la vivienda, con el añadido de la copropiedad con los demás condueños de

los restantes elementos; pertenencias y servicios comunes, y la precisión contenida en el artículo 4 de los estatutos de que "cada vivienda o local se entenderá constituido por la cabida comprendida dentro de sus muros o pareces, aunque exista defecto o exceso de cabida respecto de la descripción formulada en el título, que no da lugar en ningún caso a reclamación alguna". Complemento de todo ello es que la construcción de nuevas plantas y cualquier modificación en la fabrica o estructura de los bloques o en las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo.

La disconformidad con lo que adquiere es lo que le lleva a proyectar una situación distinta con lo que rompe la estética y estructura del complejo urbanístico de una Comunidad de propietarios que, como afirma la sentencia, "no se ajusta al modelo ordinario de propiedad horizontal de los edificios, en cuanto tiene varios chalets además de tres bloques de pisos. Tampoco responde al modelo tradicional de la llamada propiedad tumbada que se da en las urbanizaciones de chalets, sin bloques de pisos, donde lo común es que corresponda a cada chalet el suelo y vuelo que ocupa junto con la participación en los elementos comunes (zonas de recreo, viales, etc.). Es una comunidad singular en la que se dan caracteres de ambos tipos. Pero no por ello hay que reputarla como algo extraño o no querido por el derecho ni, mucho menos, tratar de aplicar el régimen de los pisos para los tres bloques y el de las urbanizaciones para los chalets. No es posible, porque no fue esa la voluntad de quienes constituyeron la comunidad y redactaron sus estatutos".

QUINTO.- En el segundo se invoca la infracción del art. 24.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con los arts. 348, 350 y 396 del Código Civil, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en Sentencias de fechas 26 de enero de 1999, 5 de marzo de 1964, 5 de mayo de 1986 y 20 de febrero de 1997, relativa a la esencialidad del dominio sobre el suelo y el vuelo en un inmueble de asentamiento solar sujeto a propiedad horizontal, como es el caso, comprendiendo anejos, dependencias, pertenencias, mejoras y accesiones, cimentación, base solar ocupada, muros exteriores e interiores, cubierta, porches y terrazas de la vivienda adquirida por el recurrente como condición de subsistencia de su derecho de propiedad.

El motivo no puede ser estimado. El día 3 de mayo de 1984, dos sociedades y otras 33 personas físicas otorgaron escritura notarial de declaración de obra nueva y división horizontal de la finca NUM003 que les pertenecía previamente en pro indiviso. La división, que denomina a lo

construido edificación compleja, se constituye cuando los chalets estaban construidos y se hace en 39 independientes, estando compuesta de tres cuerpos de edificio aislados o separados entre sí, cada uno de los cuales consta de cinco plantas altas existiendo en cada una de ellas dos viviendas y de ocho viviendas unifamiliares aisladas (chalets)... Cada una de las viviendas unifamiliares tiene como anejo el uso exclusivo de una parcela en cuyo interior está edificada la vivienda quedando destinado el resto de la parcela a zona ajardinada que aísla y separa la vivienda.

Pues bien, ninguna norma de interpretación se incorpora al recurso susceptible de permitir una valoración de la escritura distinta de la que realiza la sentencia. El título de constitución y los estatutos contemplan el estado de cosas que existen en el momento que se otorga, y uno y otro tratan de proteger los otorgantes, y este estado de cosas expresa la voluntad conjunta de todos ellos expresiva de que el suelo, según su propia índole de tal, es elemento común de todas las unidades susceptibles de propiedad separada, sin excepción, ni en el caso de las viviendas unifamiliares y su anejo, por lo que no es posible reconocer a uno de los copropietarios un derecho distinto a partir de una valoración particular e interesada de los mismos que no tiene encaje en ninguno de los artículos citados en el motivo ni en la jurisprudencia que cita para fundamentar un inexistente interés casacional puesto que no justifica la identidad de supuestos y fundamentos jurídicos de las sentencias que se alegan y su parecido con los resueltos por la sentencia que se pretende impugnar, pues una cosa es el contenido y alcance de los elementos comunes que precisa el artículo 396 del Código Civil y otra distinta aquellos supuestos en los que el título constitutivo y los propios estatutos definen expresamente como elementos comunes tanto el suelo como el vuelo sin que nada se oponga a que, bien por medio de lo dispuesto originariamente en el título constitutivo, bien por razón de decisión de la junta de propietarios, pueda otorgarse el uso exclusivo de un elemento común a alguno o alguno de los comuneros y restringir el mismo en cuanto a otros (STS 30 de marzo 2007), o a que se reconozca la reserva del derecho de vuelo y suelo constituida en la división horizontal y en los estatutos de la comunidad, en la forma que precisa la sentencia de 27 de mayo de 2009.

SEXTO.- En el motivo tercero, articulado con carácter subsidiario respecto a los anteriores para el supuesto que se considerara comunal la propiedad de la totalidad de la parcela aneja a la vivienda del recurrente, incluida la base solar que ocupa, se invoca la infracción de la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida contenida en las sentencias que cita y en concreto, en las de fecha 3

de marzo de 1978, 31 de octubre de 1984, 19 de abril de 1988 en relación con los arts. 361, 362 y 363 del Código Civil, toda vez que la sentencia recurrida elude extraer consecuencia jurídica alguna del hecho incuestionado de haber construido el recurrente a sus expensas y con materiales y medios propios, una edificación en suelo parcialmente propio y parcialmente ajeno, en todo caso, reconociéndose la extralimitación, lo que debería haber dado lugar a esta clase de accesión como modo adquisitivo.

Se desestima. La accesión invertida no puede darse, como pretende el motivo, partiendo de que todo el suelo es elemento común por haberlo dispuesto así los propietarios al constituir la propiedad horizontal y de que las normas de la accesión en bienes inmuebles no resultan adecuadas en un régimen, como el de la Propiedad Horizontal, regulado por una normativa específica en cuanto al contenido y alcance de los derechos sobre los elementos privativos y comunes a partir de los cuales se da solución a un conflicto que tiene como supuesto de hecho el que las obras realizadas no respetan lo autorizado en la licencia ni que tampoco se ajustan a lo estipulado en los estatutos con evidente incidencia en el título constitutivo, por lo que su realización precisaba del consentimiento unánime de la Junta de Propietarios. Consentimiento del que prescinde el recurrente que no atendió a los distintos requerimientos de la comunidad en razón de la extralimitación en la construcción del nuevo chalet, que tampoco presentó un compromiso de solución, y que no ha impugnado los acuerdos; circunstancias todas ellas que impedirían la apreciación de la accesión invertida invocada en el motivo.

SEPTIMO.- Conforme al artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Luis Andrés, frente a la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 1 de junio de 2006, con expresa imposición de las costas al recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollos de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Roman Gar-

cia Varela.-Francisco Marin Castan.-José Antonio Seijas Quintana.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.Firmado y Rubricado.- Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio

Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.



2010/91565

TS Sala 2ª, Sentencia 9 abril 2010. Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Agresión surgida de un incidente de tráfico entre conductores

Concurrencia de eximente incompleta de legítima defensa en condena por delito de homicidio intentado

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por un delito de homicidio intentado. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que aprecia en el recurrente la eximente incompleta de legítima defensa, pues la acometividad mostrada por el perjudicado, que exterioriza un evidente propósito de llegar al contacto físico, es, por sí misma, y desde su inicio, un ataque real y verdadero denotativo de un inminente y potencial peligro para la integridad física del recurrente y su acompañante, materializado en las efectivas lesiones sufridas por ésta, y en las que, ya en su reacción defensiva, sufrió aquél. Existe pues agresión ilegítima, pues agresión es el injustificado acometimiento del luego perjudicado, aunque lo motivara un incidente de tráfico entre ambos conductores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero, amparado en el art. 852 de la LECriminal y 5.4 de la LOPJ invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, porque tras formalizar sus conclusiones provisionales, como acusado por el Ministerio Fiscal, no se le dio nuevo traslado para formular de nuevo conclusiones provisionales frente a las acusatorias presentada por la acusación particular.

1.- Cuando el Ministerio Fiscal dirige su acusación contra dos acusados, que se encuentran personados previamente en la causa como ofendidos para ejercitar, uno respecto de otro, las acciones penales y civiles como acusadores particulares entre sí, el orden que ha de seguirse para la formalización de los escritos de calificación una vez abierto el Juicio Oral, resulta de lo dispuesto en el art. 649, 651 y 652 de la LECriminal: en primer lugar se comunicará la causa al Fiscal para que califique por escrito los hechos (art. 649 de la LECriminal). Devuelta la causa por el Fiscal se pasará con el mismo objeto al acusado particular si lo hubiere (art. 651 de la LECriminal) y sólo después de formalizadas las acusa-

ciones procederá comunicar la causa a los procesados para que, de acuerdo con el art. 652 de la LECriminal, formalicen sus conclusiones provisionales, defensivas frente a las acusatorias.

2.- En este caso en que el Ministerio Fiscal acusó a los dos intervinientes en una pelea por las lesiones que recíprocamente se habían causado según la tesis del Ministerio Público, se admitió escrito de conclusiones provisionales acusatorias de Francisco Javier contra Miguel Ángel, y después el de éste contra aquél. Pero mientras que en el mismo escrito de conclusiones Miguel Ángel, además de acusar a Francisco Javier, formalizó también su defensa frente a las acusaciones pública y privada que contra él se habían ejercitado, no se dio luego traslado al acusado Francisco Javier de la acusación sostenida formalmente contra él por Miguel Ángel; error derivado de que antes de que esta acusación particular se hubiese formalizado, ya había presentado Martos, conclusiones defensivas frente a la acusación mantenida por el Ministerio Fiscal. Escrito defensivo que resultaba prematuro en cuanto no estaba finalizada la fase de conclusiones acusatorias, y que debió en todo caso complementarse con un segundo es-

crito de defensa frente a la acusación particular posterior.

3.- No obstante ser evidente la infracción procedimental cometida, no procede la estimación del recurso porque del error cometido no ha resultado consecuencia material alguna que represente una efectiva vulneración de la tutela judicial efectiva del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías. En efecto no puede entenderse denegada la tutela judicial efectiva en virtud de defectos o errores cometidos en fases intermedias si estos errores no prejuzgan o hacen imposible la efectividad de la tutela judicial; y ello independientemente de las irregularidades procesales que hayan podido producirse en el transcurso del procedimiento, siempre que no representen por sí mismas la lesión de otro derecho fundamental sustantivo, y si no suponen que ese procedimiento no pueda alcanzar sus fines, es decir si no implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende (Sentencia del T.C. 237/1991 de 12 de diciembre).

En el caso que se examina estaría en juego la interdicción de la indefensión frente a la acusación particular. Sin embargo no toda vulneración puramente formal produce un efecto material de indefensión, que es el campo propio del art. 24 de la Constitución Española, sino solamente aquellas que originen una disminución de las oportunidades procesales de alegar y probar todo lo conducente a la defensa de la parte en el proceso (Sentencia T.S. de 3 de junio de 1995). Y es claro que tal disminución de oportunidades procesales no se produjo ni en la esfera de las alegaciones ni en la de la actividad probatoria: en primer lugar porque el planteamiento acusatorio particular era idéntico al del Ministerio Fiscal, en lo fáctico y en lo jurídico, y con igual proposición de pruebas, de modo que las conclusiones provisionales defensivas del recurrente aún referidas formalmente a la acusación del Ministerio Fiscal cubrían también materialmente el planteamiento de la acusación particular, en todas sus partes, excepción hecha de la determinación de la pena interesada por ella, algo superior a la postulada por el Fiscal, y sin incidencia alguna práctica por haber sido la interesada por éste la impuesta en la Sentencia. En segundo lugar consta en el Acta del Juicio Oral que al iniciarse la vista se examinó esta cuestión con carácter previo, y fue el Letrado del ahora recurrente quien admitió, según sus propias palabras, que en la práctica no se le producía indefensión, aunque "en la técnica" sí, dado que no se había cumplido la normativa; añadiendo que no deseaba proponer ninguna otra prueba. Por consiguiente fue el recurrente quien admitió un alcance en la infracción limitado al simple incumplimiento de la norma procesal, reconociendo que ello no le produjo indefensión,

lo que por otra parte se corresponde con el hecho mencionado de ser coincidentes ambos escritos acusatorios. Por lo expuesto el motivo primero se desestima.

SEGUNDO.- El motivo segundo denuncia falta de claridad en los Hechos Probados, como quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.1º, inciso primero. Alega que no se incluyen en el relato histórico datos importantes para un completo conocimiento de lo sucedido, y sin los cuales el suceso no se entiende en su totalidad. Es decir atribuye al relato histórico un carácter incompleto por no expresar realidades y circunstancias necesarias para la comprensión del hecho sucedido, no del hecho narrado, lo cual es un planteamiento ajeno al vicio procesal que se denuncia.

1.- La falta de claridad es un quebrantamiento de forma que consiste en adolecer el relato histórico de inteligibilidad. Existe, según la reiterada jurisprudencia de esta Sala, cuando la redacción de los hechos probados es confusa, dubitativa o imprecisa, de manera que, por la insuficiencia u oscuridad, o por no expresarlos en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o dubitativa, se imposibilita la nítida comprensión de lo afirmado como acaecido, o se deja prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos. De este modo cuando se trata de omisiones - en todo caso irrelevantes si recaen sobre extremos intrascendentes para la calificación jurídica- el defecto formal referido sólo se origina si los datos fácticos no incluidos impiden la comprensión de los afirmados, pero no cuando, siendo lo relatado inteligible para cualquiera, sólo existe en lo claramente dicho una insuficiencia para establecer la concurrencia de los elementos integrantes del tipo o de una circunstancia agravante- a combatir por la vía del art. 849.1º de la LECriminal - o se refiere lo omitido a extremos que a las partes interesan en apoyo de sus tesis- a integrar por la vía del art. 849.2º de la LECriminal - (SS. 30 de octubre de 1998; 13 de diciembre de 1999; 23 de noviembre de 2000; 30 de enero de 2001 entre otras).

2.- En este caso el relato fáctico es de meridiana claridad y ninguno de sus pasajes resulta inteligible. La descripción que se hace de lo sucedido se entiende y la oscuridad no existe, porque no puede confundirse con la omisión de datos relevantes en términos de significación jurídica, -problema de calificación- pero innecesarios para la textual comprensión de lo expresado. El motivo segundo por lo tanto se desestima.

TERCERO.- El motivo tercero, también por quebrantamiento de forma, se formula al amparo del art. 851.1º, inciso segundo alegando la existencia de contradicciones en los hechos que la Sentencia declara pro-

bados: de una parte el relato histórico afirma que D. Miguel Ángel se acercó el vehículo del recurrente, y se asomó primero a la ventanilla de la acompañante llegando a introducir los brazos por ella, y después rodeó el vehículo llegando a la puerta del conductor con quien mantuvo un forcejeo. De otra parte en el Fundamento Jurídico Cuarto la Sentencia menciona como una de las alternativas posibles sobre las lesiones de Dª Carolina -que ocupaba el asiento delantero derecho- el que D. Miguel Ángel se las causara involuntariamente cuando metió el brazo en el coche para repeler la previa agresión del procesado. El motivo carece de fundamento y debe desestimarse: la hipótesis que como alternativa recoge el Fundamento Jurídico Cuarto forma parte de un razonamiento que contempla una posibilidad hipotética dentro del proceso lógico de un Fundamento Jurídico, de modo que su supuesta contradicción con el presupuesto fáctico previamente establecido como probado tan solo determinaría la invalidez del razonamiento, pero no el vicio procesal de la contradicción entre los términos del relato histórico. En este sentido ya declaró esta Sala en su Sentencia 94/2001 de 30 de enero que en este cauce casacional únicamente es invocable la contradicción que pueda presentar el relato histórico como oposición literal de sus términos, esto es aquella contradicción interna entre pasajes del hecho probado y de carácter gramatical derivada de la antítesis entre dos afirmaciones fácticas que son de imposible coexistencia y armonización por suponer una de ellas la negación de la otra. Quedan fuera del ámbito de este cauce casacional las contradicciones externas entre razonamientos de la fundamentación jurídica, o entre ésta y el relato fáctico, impugnables por otras vías de casación; y las no gramaticales, deducidas mediante argumentación de carácter conceptual ajenas al propio contenido semántico de las expresiones contenidas en el relato fáctico. Por lo expuesto el motivo tercero se desestima.

CUARTO.- El cuarto motivo, amparado en los arts 852 de la LECriminal y 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución Española), alegando la inexistencia de pruebas idóneas y suficientes que acrediten el ánimo homicida del acusado. Sostiene el recurrente que los datos objetivos declarados probados no bastan para inferir el ánimo de matar, y que en todo caso, siendo una reacción defensiva la que motivó la acción, no hubo en ello reflexión ni ánimo de causar la muerte.

1.- El ánimo de matar como elemento subjetivo del tipo de homicidio no permite por lo común, -a salvo los casos de confesión con reconocimiento del propio sujeto de haber actuado con ánimo homicida- prueba directa demostrativa de su

existencia. De ahí que por su misma naturaleza interna o subjetiva haya de constatar su realidad a través de juicios de inferencia, es decir mediante un proceso deductivo racional, a través del cual partiendo de datos objetivos y materiales, demostrados como verdaderos por pruebas directas, se obtenga la conclusión lógica de que la acción se ejecutó con la intención de causar la muerte. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado en numerosas sentencias los datos y factores de hecho más relevantes por su significación para permitir la inferencia:

a) La clase de arma utilizada y su potencialidad para causar la muerte según sus características materiales, como es su idoneidad para penetrar en la anatomía del agredido.

b) La zona del cuerpo a la que se dirige el golpe contra la víctima: ha de ser una zona vital para que pueda afirmarse el ánimo de matar como son en las agresiones con arma blanca, el tórax, el abdomen o el cuello, porque permiten la penetración del arma y contienen órganos cuya afectación puede ser letal.

c) La intensidad del golpe, de modo que sea apta para introducirse en el cuerpo y alcanzar la zona vital. En este sentido las Sentencias, entre otras muchas, de 7 de marzo de 2006, 4 de julio de 2008, 29 de enero de 2009, y 12 de febrero de 2009.

2.- En el presente caso el Hecho Probado contiene datos objetivos que permiten la inferencia del dolo homicida como deducción razonable y lógica: el arma utilizada fue un destornillador que por sus mismas características morfológicas tiene sin duda la aptitud de clavarse con facilidad y penetrar en el cuerpo, por lo que es un arma de capacidad letal. La zona del cuerpo en que el acusado clavó el destornillador fue el pecho, y precisamente a la altura del corazón, y la potencia con que lo clavó dos veces fue la suficiente para penetrar con punición del ventrículo derecho provocando taponamiento cardíaco y necesitando intervención quirúrgica de urgencia para conjurar el riesgo vital. Por el arma, la zona pinchada y el modo en que se hizo no es razonable inferir un mero propósito de lesionar, pues de haber sido ésta la intención del sujeto se habría materializado en otra zona del cuerpo, y no sobre el corazón de la víctima, órgano vital que resultó afectado evidenciando un dolo homicida que convierte el delito en un homicidio intentado y no en unas lesiones consumadas.

De contrario no cabe argumentar que actuó sin reflexión previa y en reacción defensiva: lo primero porque el dolo homicida no precisa de una anticipada o premeditada decisión fría de matar, y puede surgir repentinamente como dolo de ímpetu, como declara la Sentencia de 27 de diciembre de 2002. Y lo segundo

porque la motivación de la acción dirigida a un propósito último de neutralizar una agresión, es decir lo que el recurrente denomina una reacción defensiva no lo excluye porque no es incompatible con la intención de matar al agresor como medio para defenderse de su ataque; lo cual pertenece a la esfera de la causa de justificación, excluyente de la antijudicialidad, propia de la legítima defensa, y no a la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo penal al que en su caso se aplicaría la eximente. Por lo expuesto el motivo cuarto se desestima.

QUINTO.- Los motivos quinto y séptimo amparados en el art. 849.2 de la LECriminal, denuncian dos errores en la ponderación de las pruebas, consistentes en no incluir en el Hecho Probado: que hubiera sangre en la zona de la rodilla del pantalón que vestía el recurrente (motivo quinto); y que su esposa, aparte la lesión que la Sentencia describe, también sufrió "tracción del cuero cabelludo" (motivo séptimo). Errores que respectivamente se apoyan en los siguientes documentos, invocados como casacionales a los efectos del art. 849.2º de la LECriminal: el informe de la Policía y el parte médico de alta en urgencias.

1.- El cauce casacional elegido está sometido a exigencias de prosperabilidad que la doctrina jurisprudencial de esta Sala viene reiterando de forma constante. Entre otras muchas sentencias la de 9 de octubre de 2009, núm. 1020/2009 señala los siguientes requisitos:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase -como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) Que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) Sin que el dato que el documento acredite se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del Fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997 y 27 de abril y 19 de junio de 1998, entre otras).

2.- A partir de esas exigencias resulta la irrelevancia de la omisión

del dato a que se refiere el motivo quinto: lo que postula el recurrente sobre la base del informe policial, no es que hubiese sangre en la ropa del recurrente, dato que ya recoge la Sentencia, como se reconoce en el motivo, sino que se especifique que había una mancha precisamente en la zona de la rodilla del pantalón. Detalle minúsculo carente de la relevancia que supone el impugnante cuando pretende apoyar en él que ya se encontraba herido cuando montó en el vehículo para huir; puesto que ni tener manchado ese concreto lugar de la ropa supone tal consecuencia, ni afirmarla necesita de semejante detalle menor cuando la Sentencia declara la realidad de las lesiones, y las manchas de sangre en la ropa y en el volante del vehículo. Lo que estos datos ya significan y suponen -con la precisión que luego se dirá al examinar el error del motivo sexto- ni se aumenta ni se reduce por el solo dato de estar manchada la rodilla del pantalón o estar la sangre en cualquier otro lugar de la ropa.

3.- Igualmente procede desestimar el error del motivo séptimo: la Sentencia declara probado que la esposa del recurrente fue asistida por lesiones consistentes en contusión del maxilar izquierdo con abrasión en mucosa interna del labio superior y cervicalgia. La omisión de la "tracción del cabello" carece de relevancia por sí misma porque no es propiamente una lesión sino la causa de ella es decir de la cervicalgia, la cual se encuentra en el relato histórico como resultado al expresar la pericial practicada en el Juicio Oral que el informe de urgencias habla de tracción del cabello compatible con tirones que producen la cervicalgia. Por lo expuesto los motivos quinto y séptimo se desestiman.

SEXTO.- En sentido estimatorio debe en cambio resolverse el motivo sexto, también apoyado en el art. 849.2º de la LECriminal, que denuncia error en la ponderación de las pruebas consistentes en no calificar la herida de la mano sufrida por el recurrente como herida "de defensa"; dato éste que se apoya en el informe médico forense, y cuya relevancia estriba en que deja sin fundamento razonable la duda expresada en la Sentencia sobre que la acción del acusado fuese reactiva a un ataque previo.

1.- La jurisprudencia viene señalando que los peritajes no son documentos sino pruebas personales documentadas valorables por el Tribunal según su conciencia (art. 741 de la LECriminal); pero excepcionalmente admite esta Sala (Sentencia 11 de noviembre de 1996, entre otras) la virtualidad de la pericia para fundar la modificación del "factum" de la Sentencia por la vía del art. 849.2º de la LECriminal cuando, existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos

fácticos, el Tribunal acoge la pericia como base única de los hechos declarados probados, incorporando el dictamen de modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, alterando gravemente su originario sentido, o bien el Tribunal llega a conclusiones divergentes a las de los citados informes sin expresar las razones que lo justifican, ofreciendo así un razonamiento disconforme con las reglas de la lógica, la experiencia o los criterios firmes del conocimiento científico.

2.- En el caso presente el error denunciado resulta evidenciado por el peritaje invocado que tiene carácter casacional, porque no se recoge íntegramente lo que en este particular expresan los médicos forenses, llegando la Sala a conclusiones divergentes mediante razonamientos disconformes con las reglas de la lógica y la experiencia. La Sala de instancia que relata cómo el otro conductor se bajó de su vehículo, y se aproximó al del recurrente metiendo los brazos por la ventanilla y forcejeando con él, y que describe las lesiones de las que éste fue atendido, admitiendo que había sangre en sus ropas y en el volante del vehículo, no incluye en la descripción del corte sufrido en la mano su naturaleza de herida de defensa que sí aparece en el peritaje médico forense: En efecto al emitir su dictamen en el Juicio Oral los dos peritos afirmaron que la lesión incisa sufrida en la mano izquierda "era una lesión de defensa" y que "esa herida incisa se ha hecho como un instrumento con filo, que corte", añadiendo: "es una herida en la zona palmar de la mano izquierda con cola de entrada, que por estas características se llega a la conclusión de que es de defensa al intentar agarrar un objeto cortante". Clara y razonada conclusión sostenida, sin contradicciones, por los dos peritos que informaron en el Juicio Oral. No aparece en el Acta que admitieran tratarse de una autolesión, y en todo caso esta posibilidad considerada como una mera hipótesis no imposible científicamente no aminora la fuerza de su conclusión de que se trataba de herida defensiva. Conclusión por la que claramente optan los forenses con razonamientos científicos, sin expresar duda alguna sobre la etiología defensiva del corte. La Sala de instancia sin embargo excluye esta conclusión de los peritos poniendo en duda la etiología de la lesión y su posible causación propia, con argumentos que no resultan razonables ni lógicos. En efecto cuando se declara probado un forcejeo como el descrito en el Hecho Probado denotativo de un importante grado de violencia y unas lesiones como las padecidas por el recurrente y por su esposa, con un peritaje médico que afirma ser el corte de la mano una lesión de defensa, no es objetivamente razonable plantearse la hipótesis de la autolesión, sobre la endeble base lógica de no reputar "normal" irse a casa en vez de acudir inmediatamente al médico, no esti-

mar "posible" tener la sangre fría (sic) de preocuparse por vendarse la mano con un trapo, no considerar "comprensible" el no entregar el trapo del vendaje a la Policía, o valorar como poco "normal" que sólo hubiese pequeñas gotas de sangre en el volante. Consideraciones éstas que sin fundamento alguno vienen a situar en el plano de lo anormal, lo imposible o lo incomprensible comportamientos y circunstancias que nada tienen de tales. En consecuencia: el error en la ponderación de la prueba se aprecia en cuanto resulta de una incorporación parcial de la pericia médica y de un razonamiento en contrario que no se acomoda a las reglas de la lógica y de la experiencia. Por lo expuesto el motivo sexto se estima.

SÉPTIMO.- El motivo octavo, amparado en el art. 849.1º de la LECriminal denuncia la infracción de los arts. 20.4º, y 21.1º en relación con el anterior, y con el art. 68 del Código Penal, por no apreciarse la eximente de legítima defensa, con el carácter de eximente completa, o subsidiariamente incompleta.

1.- La eximente de legítima defensa necesita la concurrencia de los siguientes requisitos:

A) Una agresión ilegítima, que exige un ataque real y verdadero que implique un peligro objetivo con potencialidad de dañar; lo que se traduce en la necesidad de un verdadero acometimiento, a través de actos de fuerzas actuales o inminentes, que, superando la simple actividad amenazadora carente de peligro verdadero, representen un efectivo riesgo cierto, y próximo para los bienes jurídicos defendibles. Y es necesario que esa agresión sea ilegítima, esto es que sea un acto carente de justificación pues solo entonces es legítima la reacción defensiva.

B) En segundo lugar la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, lo que supone: no solo la objetiva necesidad de defenderse, que es la consecuencia de la ilegítima agresión actual o inminente, sino también la racionalidad o proporcionalidad del medio defensivo empleado; lo cual como señala la Sentencia de 29 de mayo de 2009 exige para su debida valoración establecer la relación entre la entidad del ataque y de la defensa y determinar si ésta sobrepasó o no la intensidad y grado necesario para neutralizar aquél. Esta valoración valorativa ha de atender, no a la hipótesis defensiva imaginaria más proporcionada a la gravedad de la concreta agresión sufrida, sino a la más adecuada dentro de lo que en el caso fuera posible, considerando la actuación concreta de la víctima y la efectiva disponibilidad de los medios defensivos que estuviera en condiciones de usar. Por eso esta sala ha dicho que ha de utilizarse aquél de los medios de que disponga que, siendo eficaz para repeler o impedir la agresión, sea el

menos dañoso para el agresor (S^a 5 de junio de 2002), y que hay que tener en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque (Sentencia 12 de mayo de 2005).

C) En tercer lugar la falta de provocación suficiente por parte del ofensor. De estos requisitos, todos necesarios para la aplicación de la eximente completa del art. 20.4 del Código Penal, han de concurrir para la apreciación de la incompleta, del art. 21.1^o, la ilegítima agresión, y la necesidad objetiva de la defensa, quedando limitada la posible falta de requisitos a los restantes; de modo que, aparte los supuestos de provocación previa, la semieximente es aplicable en los casos de exceso defensivo, cuando se trata de un exceso intensivo o propio, o sea en la proporcionalidad o en la duración de la defensa (Sentencia 6 de octubre de 1999; 14 de octubre de 1999).

2.- En este caso el comportamiento observado por quien sería víctima de homicidio intentado refleja una progresión en la agresividad, surgida de un banal incidente de tráfico con el ahora recurrente. Primero se bajó de su vehículo y se dirigió al de éste que estaba detenido; y al llegar a su altura introdujo los brazos en el vehículo, precisamente por la ventanilla donde se encontraba la compañera del recurrente, produciéndose un manoteo con éste, -que como conductor ocupaba el asiento contrario-. Esta acción que supone un salto cualitativo desde la mera controversia verbal entre conductores a una evidente agresión física, no fue ni instantánea ni pasajera, propia de un momento de acaloramiento en la discusión, sino que la sostuvo dejando patente su voluntad de acometimiento al rodear el vehículo llegando a la puerta del conductor con quien mantuvo un forcejeo. Esta acometividad que exterioriza un evidente propósito de llegar al contacto físico, es, por sí misma, y desde su inicio, un ataque real y verdadero denotativo de un inminente y potencial peligro para la integridad física del recurrente y su acompañante, materializado en las efectivas lesiones sufridas por ésta, y en las que, ya en su reacción defensiva, sufrió aquél. Existe pues agresión ilegítima, pues agresión es el injustificado acometimiento de Miguel Ángel aunque lo motivara un incidente de tráfico entre ambos conductores.

De lo anterior resulta la objetiva necesidad de defenderse del acometimiento a sí mismo y a su compañera; defensa que sin embargo el recurrente realizó desproporcionadamente, excediendo lo que necesitaba la neutralización de la agresión iniciada que no precisaba el uso de un destornillador como arma defensiva, ni menos aún emplearlo del modo más letal posible, clavándolo dos veces en el pecho sobre la zona del corazón. En consecuencia, procede estimar el motivo en el sentido de apreciar la eximente incompleta de

legítima defensa del art. 21.1^o en relación con el art. 20.4^o del Código Penal. Su aplicación conduce a la reducción penal prevista en el art. 68 del Código Penal, que en este caso ha de ser en dos grados, atendiendo a que solo la desproporción del modo y medio defensivo utilizado excluye la exención completa, y a que en aquella situación, de limitación de movimientos dentro de un vehículo en que el agresor introducía los brazos, acometiendo a sus ocupantes, tampoco era fácil -aunque en ningún caso imposible- un preciso control de la acción defensiva para adecuarla a lo estrictamente necesario. El motivo octavo por estas razones se estima en los términos expresados.

OCTAVO.- El motivo noveno, también apoyado en el art. 849.1^o de la LECriminal, plantea la infracción legal por inaplicación del art. 20.6^o del Código Penal o en su defecto del 21.1^o en relación con el anterior, por no apreciarse la eximente completa, o incompleta, respectivamente, de miedo insuperable.

1.- La eximente invocada descansa en la existencia de una perturbación en el sujeto producida por el temor que nubla su inteligencia y domina su voluntad (S^a 24 de octubre de 2000). Son sus requisitos:

a) La presencia en el sujeto de un sentimiento de terror que anule su libertad de elección.

b) Provocado por un hecho real y efectivo (S^a 30 de septiembre de 2002).

c) Que el mal anunciado por este hecho sea inminente (S^a 16 de febrero de 2006) e injustificado (S^a 28 de junio de 2005).

d) Que el temor sea invencible (S^a 30 de septiembre de 2002), sin perjuicio de apreciarse, si no lo es totalmente, la eximente incompleta (S^a 10 de febrero de 2005).

2.- En este caso falta en la declaración de hechos probados, toda descripción del estado anímico del acusado, y nada dicen de que actuara impulsado por el miedo o el terror; presupuesto mínimo sin el cual la eximente invocada es inaplicable como completa o como incompleta con valor de atenuante. El motivo por ello se desestima.

NOVENO.- El motivo décimo, apoyado en el art. 849.1^o de la LECriminal sostiene la infracción del art. 138 por indebida aplicación del tipo de homicidio, y del art. 147.1^o del Código Penal por inaplicación del tipo de lesiones. El motivo se apoya en la inexistencia de un ánimo homicida en el acusado, quien al clavar el destornillador actuó según el recurrente con el ánimo de lesionar. El motivo no puede estimarse: los hechos declarados probados, de inexcusable respeto en esta vía casacional afirman expresamente que el

acusado clavó el destornillador dos veces en el pecho de Miguel Ángel "con intención de acabar con su vida", dolo homicida que integra el delito de homicidio, en grado de tentativa, y excluye el de lesiones. El sustento probatorio del ánimo de matar apreciado en la Sentencia queda razonado en el Fundamento Jurídico de Derecho Cuarto de esta Sentencia, cuyos razonamientos se dan en ésta por reproducidos. Por lo expuesto el motivo décimo se desestima.

DÉCIMO.- El motivo undécimo, amparado en el art. 849.1^o, reitera la invocación de las eximentes de legítima defensa del art. 20.4^o y de miedo insuperable del art. 20.6^o del Código Penal, con carácter de eximentes completas, y subsidiariamente como incompletas, con valor de atenuantes muy cualificadas. Reitera el recurrente en este motivo las mismas cuestiones planteadas en los motivos octavos y noveno, ya resueltos en los Fundamentos de Derecho séptimo y octavo de esta Sentencia, por lo que damos aquí por reproducidos los razonamientos que en ella se contienen. El motivo undécimo, por lo expuesto se desestima.

UNDÉCIMO.- En los motivos duodécimo y decimotercero, formalizados como acusador particular plantean, respectivamente, la falta de claridad en los hechos probados ya invocada en el motivo segundo, desestimado en el Fundamento Segundo; y los errores en la valoración de la prueba alegados en los motivos quinto, y séptimo, desestimados en el Fundamento Quinto, y el error alegado en el motivo sexto, estimado en el Fundamento Sexto de esta Sentencia. Como cuestión ya resuelta damos aquí por reproducidos los mismos razonamientos de los Fundamentos citados, careciendo por ello de virtualidad casacional los motivos duodécimo y decimotercero. Debe señalarse que planteado el motivo decimotercero exclusivamente por error en la valoración de la prueba al amparo del art. 849.2^o, la apreciación del error ya decidido al resolver el motivo sexto, no tiene otra virtualidad que la modificación del dato fáctico equivocado, cuya trascendencia jurídica se agota en la apreciación de la legítima defensa invocada en el motivo octavo por infracción de ley al amparo del art. 849.1^o de la LECriminal.

No plantea el recurrente ningún motivo por igual cauce casacional del art. 849.1^o de la LECriminal, denunciando inaplicación del art. 147 y 617.1 del Código Penal respecto a la conducta del acusado absuelto Miguel Ángel, por lo que es improcedente en cuanto ajena al motivo decimotercero de error valorativo de la prueba la genérica pretensión de que se le condena según lo pedido en conclusiones definitivas del Juicio Oral. Por lo expuesto los motivos duodécimo y decimotercero se desestiman.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación del recurso interpuesto por Francisco Javier, contra Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que le condenó por un delito de homicidio intentado, por estimación del motivo sexto y estimación parcial del motivo octavo; declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso. Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- Joaquín Delgado García.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de abril de dos mil diez. En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado núm. 13 de Sevilla fallada posteriormente por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, y que fue seguida por delito de homicidio en grado de tentativa contra Francisco Javier, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hechos de la Sentencia de instancia.

Hechos Probados:

Único.- Se dan por reproducidos los de la Sentencia de instancia con la siguiente modificación: la expresión "herida incisa" del párrafo quinto de la relación de Hechos Probados se sustituye por la expresión "herida incisa defensiva". En lo demás se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1).- Se dan por reproducidos los de la Sentencia de instancia, con excepción de su Fundamento Tercero, que en lo referente a la desestimación de la legítima defensa se sustituye por el siguiente.

2).- Concorre en la acción del acusado Francisco Javier la eximente incompleta de legítima de defensa del art. 21.1 en relación con el art. 20.4 del Código Penal por las razones ya expresadas en nuestra anterior Sen-

tencia de casación que en este segunda damos por reproducidas, incluidas las que justifican la reducción de la pena en dos grados, situándola entre un año y tres meses y dos años y seis meses, que individualizamos en dos años de prisión, atendiendo a los criterios expresados en ella.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Francisco Javier como autor de un delito de homicidio intentado con la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa a la pena de dos años de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y confirmamos los restantes pronunciamientos de la Sentencia de instancia en todo lo de-

más no modificado por el anterior de ésta.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Luciano Varela Castro.- Joaquín Delgado García.

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

SEGUNDO.- Por la mencionada Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se dictó sentencia el 14 de septiembre de 2009, en el procedimiento número 76/2009, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que debemos estimar y estimamos la demanda formulada por CONFIA-CC.OO., el Sindicato Autónomo de Trabajadores del Banco de España y FES-UGT contra el Banco de España, y previa estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva de la Mutuality de Empleados del Banco de España por lo que no se hace pronunciamiento alguno junto a ella, declaramos el derecho de los trabajadores del Banco de España que vienen percibiendo el complemento de residencia por estar destinados en oficinas extrapeninsulares a que tal complemento se cuantifique sobre el salario base incrementado con el complemento personal de antigüedad, con independencia de la fecha de incorporación a su destino."

TERCERO. - Por la representación letrada del Banco de España se interpone el presente recurso de casación contra dicha sentencia, basándolo en tres motivos, formulados los dos primeros al amparo del apartado d) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral y el tercero al amparo de la letra e) de dicho precepto. En los dos primeros interesa la revisión del relato de hechos probados, en concreto de los ordinales segundo y tercero de dicho relato y en el último motivo del recurso denuncia infracción del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicados, señalando que la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional no aplica correctamente la jurisprudencia que cita, en el análisis del artículo 8 del Convenio Colectivo de 1983 y del artículo 138 del RTBE, pues la diferencia retributiva de la percepción del complemento de residencia establecido en dicho precepto no es discriminatoria y respeta íntegramente el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución al estar objetivamente justificado.

El recurso ha sido impugnado por el Sindicato Autónomo de Trabajadores del Banco de España y por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima improcedente el recurso.

CUARTO.- Al amparo del apartado d) del artículo 205 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita la revisión de los hechos probados, mediante la modificación del ordinal segundo del relato fáctico de la sentencia de instancia, invocando el documento número dos del ramo de prueba de la parte recurrente y la copia diligenciada del texto definitivo del artículo 8 del Convenio Colectivo de 1983, de 26 de mayo de 1983 (documento núm. 10 del ramo de prueba de la parte recurrente, interesando presente la siguiente redac-

ción: "Hecho Probado Segundo.- El artículo 8, párrafo primero, del Convenio Colectivo firmado por el Banco de España y la representación legal de los trabajadores, publicado en el BOE de 29-7-83, da nueva redacción al artículo 138 del Reglamento de Trabajo, que queda redactado en los siguientes términos:

"artículo 138. Complemento de residencia.- los empleados destinados en las sucursales de Baleares, Canarias y plazas de Ceuta y Melilla percibirán, en concepto de complemento de residencia, una cantidad igual al 30, al 50 y al 100 por 100, respectivamente, de su salario base".

El párrafo segundo del artículo 8 del Convenio Colectivo de 1983 establece: "Ello no obstante, todos los empleados que en el momento de entrada en vigor del presente Convenio Colectivo se encuentren ya destinados a dichas plazas continuaran devengando sus respectivos complementos de residencia, calculados sobre el salario base incrementado con el complemento de antigüedad."

No procede la revisión interesada ya que, aunque el dato que el recurrente pretende revisar aparezca en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, no tiene valor de tal, pues se trata de un Convenio Colectivo, es decir, de una fuente de derecho cuyo contenido, que ha de tener en cuenta esta Sala, es el que resulta de su texto literal, no el que aparezca consignado en la sentencia recurrida.

QUINTO.- Con el mismo amparo procesal, invocando la copia diligenciada del acta de la reunión de la Comisión negociadora del Convenio Colectivo celebrada el 6 de mayo de 1983 (documento núm. 6 del ramo de prueba de la parte recurrente), copia diligenciada del acta de dicha comisión celebrada el 11 de mayo de 1983 (documento núm. 8 del ramo de prueba de la parte recurrente), copia diligenciada del acta final de dicha comisión negociadora, de fecha 26 de mayo de 1983 (documento número 9 del ramo de prueba de la parte recurrente) y copia diligenciada del texto definitivo del artículo 8 del Convenio Colectivo de 1983, de 28 de mayo de 1983 (documentos números 2 y 10 del ramo de prueba de la parte recurrente), interesa la revisión del hecho probado tercero, mediante la adición de un nuevo párrafo, proponiendo la siguiente redacción literal: "Hecho probado tercero.- Durante la negociación del convenio de 1983, el Banco de España propuso reducir la cuantía del complemento de residencia mediante el abono de un tanto por ciento referenciado única y exclusivamente al salario base para todos los trabajadores. Finalmente las partes negociadoras acordaron que la reducción garantizara los derechos adquiridos por los empleados que venían percibiendo el complemento de residencia calculado sobre el salario base y el



2010/145245

TS Sala 4ª, Sentencia 14 junio 2010. Ponente: D. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Conculca el principio de igualdad

Doble escala salarial en abono de complemento por extrapeninsularidad

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el demandado Banco de España contra sentencia que declaró el derecho de los trabajadores que vienen percibiendo el complemento de residencia por estar destinados en oficinas extrapeninsulares a que se cuantifique sobre el salario base incrementado con el complemento personal de antigüedad con independencia de la fecha de incorporación a su destino.

Recuerda la Sala la doctrina en el sentido de que la doble tabla retributiva, que es fruto de un pacto colectivo, no de un acuerdo privado o una decisión empresarial, aisladamente considerada, conculca el principio constitucional de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Autoridad Laboral se ha presentado ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la comunicación regulada en el artículo 156 de la Ley de Procedimiento Laboral, a instancia de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA), planteando Conflicto Colectivo, en reclamación de derecho, contra el Banco de España, ampliada posteriormente contra la Mutuality de Empleados del Banco de España, interesando se dicte sentencia por la que se resuelva sobre la pretensión planteada en el escrito inicial como papeleta de conciliación en la que se suplica: "Que la entidad demandada se avenga a

reconocer el derecho de los trabajadores destinados a Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla a partir de la entrada en vigor del Convenio Colectivo de 1983 (B.O.E. de 29 de julio de 1983) a percibir el complemento de residencia correspondiente, calculado sobre el salario base incrementado con el complemento personal de antigüedad".

En fecha 1 de junio y 4 de septiembre de 2009 se presentaron sendos escritos por el Sindicato Autónomo de Trabajadores del Banco de España y por la Federación de Servicios de U.G.T., interesando se les tuviera por personados, acordándose mediante providencias de 2 de junio y 4 de septiembre de 2009, tenerlos por parte.

complemento de antigüedad, de modo que el Banco de España aplica a los trabajadores que prestan servicios en las sucursales extrapeninsulares el llamado complemento de residencia, sobre el salario base incrementado con el complemento personal de antigüedad, únicamente en el caso de empleados que se encontrasen ya destinados en oficinas extrapeninsulares en el momento de la entrada en vigor del Convenio Colectivo de 1983.”.

El motivo debe ser rechazado conforme constante doctrina de esta Sala expresiva de que “la revisión de hechos probados -de singular importancia, en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos (por todas, STS 19 de febrero de 1998 y 17 de septiembre de 2004 y de 25 de enero de 2005, recurso 24/2003):

1º.- Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

2º.- Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.

3º.- Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

4º.- Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso, devendría inútil la variación.

En primer lugar, de los documentos invocados no resultan los datos que el recurrente pretende adicionar, ya que de los mismos no se deduce que durante la negociación del Convenio de 1983, el Banco de España propusiera reducir la cuantía del complemento de residencia mediante el abono de un tanto por ciento referenciado única y exclusivamente a todos los trabajadores, ya que lo que consta en los documentos invocados a efectos revisorios, es lo siguiente:

a) “En cuanto al artículo 8º, quedó aplazada la decisión sobre la redacción para discutir en otro momento si el tema del complemento de Residencia en su nueva regulación afectaría sólo al personal que entrase a partir de 1.984.”. (Acta de 6 de mayo de 1983).

b) “Continuó la discusión del Capítulo III y la representación del SAT indicó que estaba pendiente de discutir todavía si el complemento de residencia del artículo 8º, en su nueva redacción, afectaría sólo al personal de nuevo ingreso y no a los que ya fueran empleados.

La Administración respondió que eso convertiría en irrelevante la medida. La representación del SAT argumentó que esa compensación que se les da a los empleados de las plazas extrapeninsulares no es sólo porque la vida esté allí más cara, sino por las dificultades que origina el vivir en esas plazas.

La representación de la Administración contestó que lo que ocurría era que los empleados destinados en esas plazas están “muy bien” pagados y que lo que el Banco pretende es que estén “bien pagados” porque aún con esta reducción, habrá docenas de peticiones de traslado.”. (Acta de 11 de mayo de 1983).

c) “Aprobar el texto del convenio objeto de las presentes deliberaciones, según el tenor literal leído por la secretaria, elevándolo, a definitivo y dejarlo unido a la presente acta.”. (Acta de 26 de mayo de 1983).

En cuanto a lo que acordaron las partes negociadoras (Convenio Colectivo de 26 de mayo de 1983) ya figura en el texto del Convenio Colectivo por lo que resulta superflua su adición.

En segundo lugar la adición pretendida no tiene influencia alguna en el resultado del pleito ya que fijar cual pudo ser la voluntad de las partes al negociar el Convenio es irrelevante, pues lo trascendente es el contenido del artículo 8 del Convenio Colectivo de 26 de mayo de 1983, tal como quedó redactado en el texto definitivo del Convenio, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de julio de 1983.

SEXTO.- El recurrente aduce, en el último motivo del recurso que la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional no aplica correctamente la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras sentencias de 9 de octubre de 2008 y de 6 de noviembre de 2007, pues la regulación contenida en dicho precepto -el complemento de residencia- no es discriminatoria, ya que la fecha de ingreso en la empresa no está incluida en los supuestos de discriminación regulados en los artículos 14 CE y 4.2 c) y 17.1 E.T. y respeta íntegramente el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, al estar objetivamente justificada en la eliminación de las diferencias salariales entre los empleados peninsulares y extrapeninsulares.

Para un correcto entendimiento de la cuestión debatida procede reproducir el contenido del precepto cuestionado, artículo 8 del Convenio Colectivo del Banco de España y sus empleados, suscrito el 26 de mayo de 1983, BOE de 29-7-1983, que da nueva redacción al artículo 138 del Reglamento de Trabajo, en el que se regula el complemento de residencia para los trabajadores del Banco de España destinados en Baleares, Ca-

narias, Ceuta y Melilla, regulación que se ha mantenido en los sucesivos Convenios Colectivos suscritos, incluido el vigente, publicado en el BOE de 4-2-2009.

El tenor del precepto es el siguiente: “ Artículo 138. Complemento de residencia.- Los empleados destinados en las sucursales de Baleares, Canarias y plazas de Ceuta y Melilla percibirán, en concepto de complemento por residencia, una cantidad igual al 30, al 50 y al 100 por 100, respectivamente de su salario base. Ello no obstante todos los empleados que en el momento de la entrada en vigor del presente Convenio Colectivo se encuentren ya destinados en dichas plazas continuaran devengando sus respectivos complementos de residencia, calculados sobre el salario base incrementado con el complemento personal de antigüedad”.

Del examen del precepto se concluye que los empleados destinados en las sucursales de Baleares, Canarias y las plazas de Ceuta y Melilla percibirán un complemento de residencia que consiste en un 30, 50 ó 100% respectivamente de su salario base, pero para los que ya se encontraran destinados en dichas plazas al publicarse el Convenio, el complemento de residencia consistirá en un 30, 50 ó 100% del salario base incrementado con el complemento personal de antigüedad.

Resulta incuestionable que el abonar el complemento de residencia a los trabajadores que ya estuvieran destinados en Baleares, Canarias y plazas de Ceuta y Melilla, fijándolo en un porcentaje del salario base y del complemento de antigüedad, supone establecer una diferencia retributiva respecto a los que fueron destinados a las citadas sucursales, con posterioridad a determinada fecha, que perciben el complemento calculando el porcentaje de incremento únicamente sobre el salario base, sin incluir el complemento de antigüedad en el cálculo.

El problema de la doble escala salarial en relación con el complemento de antigüedad ha sido tratado reiteradamente por esta Sala, en numerosas sentencias, cuya doctrina resume la de 1 de diciembre de 2008 (rec. 4322/2007), en los términos que se transcriben a continuación.

1. - La sentencia del Tribunal Constitucional 27/2004, de 4 de marzo, según resume la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre del 2007 (rec. num.1/2007), expresa, en relación a un supuesto en donde el convenio colectivo establecía una doble escala salarial de las características aludidas, las siguientes consideraciones: “a) la desigualdad atribuible a la fecha de ingreso ‘no ofrece otro soporte visible que una minusvaloración de un grupo segregado y peor tratado, lo que no tiene acomodo en la Constitución a la luz del principio de igualdad (art. 14 CE)

ni tampoco en la perspectiva social que impone esa connotación de nuestro Estado de Derecho en conexión con la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integra (art. 9.2 CE)’; b) la diferencia así planteada ‘es igualmente ajena, ad intra del convenio, a algún tipo de contraprestación a los afectados que pueda hacer potencialmente compatible la medida con el art. 14 CE. No consta pacto alguno que implique compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar, favoreciendo a los trabajadores perjudicados, por el trato salarial peyorativo al que se les somete, ni siquiera previsiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva’; c) la solución podría haber sido distinta si la desigualdad de trato hubiese venido completada ‘por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad’; y d) que tras la Ley 11/1994, por la que el derecho a la promoción económica pasó a ser dispositivo, ‘pueden incluso respetarse tan sólo los derechos ya causados bajo el convenio anterior o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente por los antiguos trabajadores (art. 25.2 LET). Sin embargo nada excusa la necesidad de que en el nuevo convenio, y a partir de su entrada en vigor, se fije una estructura salarial que trate por igual a todos los trabajadores a los que ha de aplicarse (sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas); pues lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa’.”

2. - La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre del 2002, rec. num. 1283/2001, en relación con la problemática que venimos tratando, se basa en la doctrina establecida por las sentencias de esta misma Sala de 3 de octubre del 2000 (rec. 4611/1999), 14 de mayo del 2002 (rec. 1254/2001), 17 de junio del 2002 (rec. 1253/2001) y 25 de julio del 2002 (rec. 1281/2001), y sienta las siguientes conclusiones:

Dicha doctrina “cabe resumirla en el sentido de que la doble tabla retributiva, que es fruto de un pacto colectivo, no de un acuerdo privado o una decisión empresarial, aisladamente considerada, conculca el principio constitucional de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato. La única que se contiene en el precepto del convenio, no atiende a la intensidad, naturaleza, duración u otros particulares atinentes a la actividad laboral a desarrollar, sino ex-

clusivamente el momento de la incorporación de los trabajadores a la empresa como fijos. Se rompe así, como para caso análogo señaló nuestra sentencia de 22 de enero de 1.996, el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, que resultan desfavorecidos con relación a sus compañeros más antiguos, por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es el de la fecha de contratación. Es cierto que, como argumenta in extenso la Corporación recurrente, la introducción de la doble escala retributiva de la antigüedad se produce tras la desregulación que llevó a cabo la Ley 11/94 de 19 de mayo del que hasta entonces era un derecho necesario, dejando en manos de la negociación colectiva la ordenación de la promoción económica del trabajador. Después de la reforma, el convenio podría haberse limitado a eliminar el premio de antigüedad para todos los trabajadores, o incluso a respetar tan solo los derechos adquiridos hasta entonces o en curso de adquisición por los trabajadores fijos. Ambas decisiones habrían sido conformes con el vigente artículo 23 del Estatuto, siempre y cuando la estructura salarial del nuevo Convenio hubiera tratado por igual a todos los trabajadores. Lo que es reprochable desde la perspectiva del derecho a la igualdad, es que el Convenio Colectivo mantenga el premio de antigüedad, que en efecto pudo válidamente suprimir para todos, pero lo establezca para el futuro en cuantía distinta para dos colectivos de trabajadores, y lo haga exclusivamente en función de que la fecha de su ingreso en la empresa como fijos, sea anterior o posterior a la firma del convenio 1995-1996.”

A la vista de la doctrina anteriormente consignada, del Tribunal Constitucional y de esta Sala, forzoso es concluir que el retribuir con distintas cuantías el complemento de residencia a los trabajadores del Banco de España destinados en Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla, atendiendo a la fecha en la que se encontraban destinados en dichas localidades, es contrario al principio de igualdad, y solo excepcionalmente puede admitirse cuando se conceden determinadas compensaciones a favor de los trabajadores peyorativamente tratados o mayores cargas a los beneficiarios.

SEPTIMO.- El recurrente aduce que existe una justificación objetiva y razonable de la diferenciación establecida en el artículo 8 del Convenio Colectivo de 1983, en la medida en que la misma está basada en: 1) la eliminación de las diferencias salariales existentes en 1983 entre los empleados peninsulares y extrapeninsulares y 2) el respeto de las condiciones salariales que venían disfrutando los empleados extrapeninsulares desde el año 1958.

A este respecto de nuestra jurisprudencia han de citarse, aparte de las ya

referidas (SSTS 03/10/00 -rcud 4611/99-; 14/05/02 -rcud 1254/01-; 17/06/02 -rcud 1253/01-; 25/07/02 -rcud 1281/01-; 20/09/02 -rcud 1283/01-; y 07/03/03 -rcud 36/02-) las dictadas en 17/06/02 -rcud 1253/01 - (Convenio Colectivo para las Empresas de Transportes Mecánicos de Viajeros de la Provincia de Barcelona), 25/07/02 -rcud 1281/01- (Transportes de Viajeros por Carretera de la Provincia de Tarragona), 12/11/02 -rcud 4334/01- (convenio de empresa de transportes), 21/01/04 -rcud 94/03- (Tracción Mecánica de Mercancías de la Provincia de Girona), 23/03/05 -rcud 2/04- (para el Convenio Colectivo de «Compañía Española de Bebidas Gaseosas, SA»), 05/07/06 -rcud 95/05- (Convenio Colectivo de la empresa «Naftran, SA»), 27/09/07 -rcud 37/06- (Industria Siderometalúrgica de la Región de Murcia); y 06/11/07 -rcud 2809/06- (Convenio Colectivo del Sector Transportes Urbanos Rober, S.A).

En todas ellas se argumenta sobre la base doctrinal que queda referida, tanto de este Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, siendo destacables dos afirmaciones contenidas en las últimas sentencias de entre las citadas: a) que «podría admitirse que a quienes ingresaron antes se les reconociera un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que a partir de ese día cobrasen igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso, pero lo que no es aceptable es que, a partir de determinada fecha, unos generen un plus de antigüedad por cuantía muy superior al que generan otros trabajando el mismo número de años» (STS 06/11/07 -rcud 2809/06 -); y b) que es rechazable una cláusula de diferenciación que «no se limita a conservar una determinada cuantía retributiva ya percibida, sino que instaura, sin que -se insiste- conste justificación, un cuadro doble de complemento de antigüedad con elementos de cálculo dinámicos en cada uno de sus componentes, destinados por tanto a perpetuar diferencias retributivas por el mero hecho de la fecha de ingreso en la empresa» (STS 05/07/06 -rcud 95/05-, reproducida por la de 27/09/07 -rcud 37/06 -).

O lo que es igual, una cláusula del Convenio Colectivo que garantice derechos adquiridos en materia salarial, puede -en su caso y según las circunstancias- tener marchamo de licitud y justificar la diferencia de tratamiento, aunque no se contemplen su absorción y compensación (simplemente deseable, desde la perspectiva del principio de igualdad), pero tal proclama sería insostenible si lo que la norma colectiva establece es el mantenimiento para el futuro de un determinado régimen jurídico, con persistencia -potenciada en el tiempo- del privilegio”.

En el supuesto examinado la norma controvertida no se limita a paralizar los derechos adquiridos de los

empleados del Banco de España, que estaban destinados en las sucursales de Baleares, Canarias y plazas de Ceuta y Melilla en una determinada fecha, sino que mantiene para el futuro la especial retribución del complemento de destino de estos empleados -porcentaje del sueldo base y del complemento de antigüedad- perviviendo en el tiempo el privilegio. Por lo tanto no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato en materia salarial dispensada a los empleados del Banco de España, atendiendo a la fecha en la que fueron destinados a prestar servicios a las plazas de Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla.

Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso formulado.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación letrada del Banco de España contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 14 de septiembre de 2009 en el procedimiento número 76/2009, iniciado en virtud de comunicación remitida por la Autoridad Laboral a fin de que se resolviera sobre las cuestiones planteadas por la representación letrada de la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (COMFIA-CC.OO.) a la que se adherieron el Sindicato Autónomo de Trabajadores del Banco de España y la Federación de Servicios de U.G.T., contra el Banco de España y la Mutuality de Empleados del Banco de España, en reclamación de Conflicto Colectivo. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

(...)

2010/140232

TS Sala 4ª, Sentencia 22 junio 2010. Ponente: D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

Cuantía de base reguladora de pensión por IPA de beneficiaria mayor de 65 años

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión de la beneficiaria accionante sobre cuantía de presta-

ción de IPA. Declara el Tribunal que la sentencia recurrida infringe el art. 139,5 LGSS, cuyos términos son absolutamente claros, pues tanto si se trata de IPT como si es IPA, en el caso de beneficiarios mayores de 65 años que no pueden acceder a la pensión de jubilación por acreditar un período de cotización inferior a quince años, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será el 50% de la base reguladora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El asunto debatido consiste en determinar cual es el porcentaje a aplicar para calcular la cuantía de una pensión de incapacidad permanente cuando quien accede a ella ha cumplido ya 65 años pero no tiene la carencia necesaria, quince años, para lucrar una pensión de jubilación. La sentencia recurrida estima que se debe aplicar el porcentaje del 100 por 100, por tratarse de una incapacidad absoluta, directamente a la base reguladora. Por el contrario, la sentencia de contraste estima que, en aplicación del artículo 139.5 de la LGSS, añadido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, se debe aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda al “período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación”, es decir, el 50 por 100. Es evidente que se da la contradicción exigida por el artículo 217 de la LPL, siendo por completo irrelevante, para la cuestión debatida, que el grado de incapacidad reconocido en la sentencia recurrida fuera el de absoluta y en la de contraste el de total.

SEGUNDO.- La solución correcta es la de la sentencia de contraste. La recurrida, por el contrario, infringe el citado artículo 139.5 de la LGSS, cuyos términos son absolutamente claros. De hecho, la sentencia de instancia, que apreció la existencia de una incapacidad permanente total, aplicó correctamente el porcentaje del 50 por 100. El recurso de suplicación contra la misma se limitó a combatir el grado, solicitando la incapacidad absoluta, pero aceptó plenamente el pronunciamiento sobre el porcentaje, afirmando textualmente: “Asimismo, en el presente supuesto no va a producirse variación en la cuantía final de la prestación”. Efectivamente, así es: tanto si se trata de incapacidad total como si es absoluta, en el caso de beneficiarios mayores de 65 años que no pueden acceder a la pensión de jubilación por acreditar un período de cotización inferior a quince años, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será idéntica: el 50 por 100 de la base reguladora. Pero, insospechadamente, la sentencia recurrida eleva, sin explicación alguna, dicha cuantía al 100 por 100 de la base reguladora. Y, solicitada aclaración de la sentencia de suplicación por el INSS, que ya había advertido en su



EL DERECHO

Año XVII. Número 2881

Madrid, 13 de octubre de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

impugnación del recurso de suplicación sobre la conformidad con el criterio de la sentencia de instancia respecto al porcentaje del 50, se rechazó la misma por las razones expuestas en el Auto de la propia Sala obrante en autos, en cuyo análisis no es necesario entrar para la resolución del caso.

Procede, pues, estimar el recurso de casación unificadora que, sin

combatir la declaración de incapacidad permanente absoluta que hace la sentencia recurrida, se limita a postular que la cuantía de la pensión sea equivalente al 50 por 100 de la base reguladora, con las revalorizaciones que procedan.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Jus-

ticia de Castilla-La Mancha de 24 de noviembre de 2008 y revocamos la sentencia recurrida en el aspecto referido a la determinación de la cuantía de la incapacidad permanente absoluta concedida, en los términos expresados en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia, confirmando en lo demás. Sin costas.

(...)

RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2010/122272

TS Sala 1ª, Sentencia 22 junio 2010.
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Inexistente vulneración del derecho a la imagen al tratarse de una captación consentida

El TS desestima el rec. de casación confirmando la sentencia impugnada y declara que no existe vulneración al derecho a la propia imagen pues la misma ya resultaba pública y notoria con anterioridad a la difusión en el programa televisivo, el cual se limitó a reflejar la portada de un periódico donde figuraba la imagen del actor al haber convocado una rueda de prensa, resultando en consecuencia la captación consentida.

2010/113294

TS Sala 1ª, Sentencia 15 junio 2010.
Ponente: D. Román García Varela

Responsabilidad solidaria en orden a la reparación de los vicios constructivos

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que declaró la responsabilidad solidaria de todos los demandados en orden a la reparación de todos los vicios constructivos indicados en la demanda relativos a las vías de acceso al edificio y de comunicación con las zonas comunes de la urbanización, por quedar acreditados, y condena a todos ellos a ejecutar las obras necesarias para corregirlos. Señala la Sala que la promotora queda equiparada a la cons-

tructora y, en consecuencia, incurre en culpa "in eligendo" o "in vigilando" y, en cuanto a los arquitectos superiores, señala que su responsabilidad deriva de su intervención en la dirección y resultado final de la obra, apreciando igualmente la responsabilidad de los arquitectos técnicos en cuanto se trata de vicios ruinosos derivados de una mala dirección, control y ejecución de la obra.



2010/84202

TS Sala 2ª, Sentencia 5 abril 2010.
Ponente: D. Siro Francisco García Pérez

Aplicación del subtipo atenuado del delito de detención ilegal previsto en el art. 163,2 CP 95

Se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de detención ilegal, lesiones y robo con violencia. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a aplicar el subtipo atenuado del art. 163,2 CP 95, pues el dejar al secuestrado en una carretera de frecuente tránsito y a la vista de los transeúntes, puede entenderse como reflejo de la voluntad en los secuestradores de poner fin a la privación de libertad; y en la sentencia se desliza una falta de concreción, cuando tratándose de un periodo muy próximo a las setenta y dos horas, la Audiencia utiliza los términos "sobre" para referirse a los minutos inicial y final de la detención. Ello implica que la Audiencia ha dejado latente en el "factum" una duda sobre la extensión temporal del secuestro, lo que encierra la no motivación respecto a la exclusión del tipo atenuado.

2010/78778

TS Sala 2ª, Sentencia 26 abril 2010.
Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Ilegitimidad constitucional de intervenciones telefónicas determinante de absolución

Se estima el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia que les condenó por un delito contra la salud pública. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que absuelve a los recurrentes del expresado delito, ya que el auto del instructor por el que se autorizaba las escuchas está aquejado de una falta de contenido tal que si se eliminasen de él el número del oficio y la referencia a los tres teléfonos facilitados por la policía, podría incorporarse, a discreción, en cualquier causa, algo ciertamente impropio de la resolución jurisdiccional que dispone una grave injerencia en los derechos fundamentales de algunas personas, unos y otras bien concretos y merecedores del tratamiento que constitucional y legalmente les corresponde.



2010/92310

TS Sala 3ª, Sección 7ª, Sentencia 21 abril 2010.
Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

Alcance del del ámbito de atribuciones constitucionales y legales del CGPJ

El TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el

acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial que decidió archivar la queja que el aquí recurrente, interno en el Centro Penitenciario de Teixeiro. La Sala considera que lo pretendido por el hoy recurrente ante el Consejo fue que este órgano constitucional acordara la nulidad del proceso penal donde fue condenado, por esos hechos y razones que en dicha demanda se exponen; como también parece advertirse que la pretensión deducida en el actual proceso es que, con anulación del archivo acordado, se ordene al Consejo que tramite esa solicitud de nulidad, y esa solicitud de nulidad, por ir referida a una resolución dictada en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es claro que está fuera del ámbito de atribuciones que constitucional y legalmente corresponden al Consejo.



2010/140221

TS Sala 4ª, Sentencia 20 mayo 2010.
Ponente: D. Antonio Martín Valverde

Falta de acreditación de conducta antisindical por parte de AENA

Desestima el TS el recurso de casación formulado por el sindicato de controladores aéreos accionante contra sentencia que rechazó su demanda sobre tutela del derecho de libertad sindical. Señala la Sala que no se han acreditado en el caso los pretendidos hechos constitutivos de un panorama indiciario de conducta antisindical ni las infracciones de exclusión de los expedientes disciplinarios y la falta de audiencia en los mismos, conteniendo la denuncia una argumentación muy genérica en la que se hacen afirmaciones de infracción legal poco razonadas, a lo que se añade que la afirmación del sindicato recurrente de que no es de aplicación a los delegados sindicales cierto artículo del convenio colectivo debería, en su caso, ser objeto de análisis en un proceso distinto al especial de tutela de libertad sindical.